Die Irrtumsproblematik bei § 356 StGB

Alfred Hartl

1962

Die Irrtumsproblematik bei § 356 StGB

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
verfaßt und einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Alfred Hartl

München 1962

A. Schubert, München 5, Cornelliusstraße 21 · Telefon 221777

Referent: Professor Dr. Reinhart MAURACH
Korreferent: Professor Dr. Karl ENGISCH

Tag der mündlichen Prüfung: 20.12.1962

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

MEINEN LIEBEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

EINLEITUNG 1

Erster Abschnitt: Aufbau des Prävarikationstatbestandes 3

A. DER OBJEKTIVE TATBESTAND DES § 356 Abs.1 StGB 3

I. Die Identität der Rechtssache 3

1. Die Rechtssache 3
2. Die Sachidentität 5
3. Abgrenzungsprobleme 7

a) Verschiedenartigkeit der Verfahren 8
b) Gleichartigkeit der Verfahren 9
c) Personenverschiedenheit 10
d) Beendigung der Rechtssache 11

II. Das Anvertrauen der Rechtssache 14
III. Der Parteibegriff 16
IV. Die Unterstützung der Mandanten 19
V. Die Pflichtwidrigkeit 20

1. Das Wesen der Pflichtwidrigkeit 21

a) Blankettmerkmal 21
b) Allgemeines Verbrechensmerkmal (Synonymum für "Rechtswidrigkeit") 24
c) Rechtspflichtmerkmal 27
d) Tatbestandsmerkmal 34

2. Inhalt und Umfang der Pflichtwidrigkeit 35

a) Der Interessengegensatz 35
b) Die Vertretung gemeinsamer Interessen und die Bedeutung der Einwilligung 41

B. DER OBJEKTIVE TATBESTAND DES § 356 Abs.1 StGB 51

I. Der Vorsatz nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts 53

II. Die Subsumtionstheorie v. Liszt's 55

Seite

III. Der Vorsatz nach der Lehre von der Parallelwertung oder Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein 56

1. Allgemeines 57
2. Der Vorsatz beim Parteiverrat 60

Zweiter Abschnitt: Der Irrtum beim Parteiverrat 62

A. DIE RECHTSPRECHUNG DES REICHSGERICHTS 63

I. Allgemeines zur Lehre vom Tat- und Rechtsirrtum 63

II. Tat- und Rechtsirrtum bei § 356 StGB 64

1. Tatirrtum 65
2. Strafrechtsirrtum 65
3. Ausserstrafrechtlicher Irrtum 66

III. Kritik 69

B. DIE LEHRE VOM TATBESTANDS- UND VERBOTSIRRTUM 71

I. Allgemeines zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum 73

1. Tatbestandsirrtum 73
2. Verbotsirrtum 74

II. Der Tatbestandsirrtum bei § 356 StGB 76

1. Tatbestandsirrtum infolge Tatsachenunkenntnis oder -verkennung 76
2. Tatbestandsirrtum mangels Bedeutungskenntnis 77
3. Beispiele 78

III. Der Verbotsirrtum bei § 356 StGB 83

1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 83

a) Abstrakter Verbotsirrtum 84
b) Unrichtige Auslegung eines gesetzlichen Begriffs (sog. Subsumtionsirrtum) 85
c) Irrtum über die Einwilligung des Erstmandanten in die Vertretung der Gegenpartei 87
d) Irrtum über vorgehende Berufspflichten 87

Seite

2. Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 88

3. Eigene Lösung 92

a) Abstrakter Verbotsirrtum 92
b) Subsumtionsirrtum 96
c) konkreter Verbotsirrtum 99
d) Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums 102

Anhang: Der Parteiverrat nach dem Strafgesetzbuchentwurf 1960 106

I. Fassung des Straftatbestandes 106

II. Stellungnahme 106

LITERATURVERZEICHNIS

(Zitierweise unterstrichen)

Lehrbücher, Kommentare, Monographien

Alsberg, Max — Urteilsanmerkung, in JW 1926, S. 1570 f.

Baumann, Jürgen — Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bielefeld 1961

Beling, Ernst — Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906

Binding, Karl — Die Normen und ihre Übertretung, Bd. III: Der Irrtum, Leipzig 1918

Binding, Karl — Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. II, 2, Leipzig 1905

Binding, Karl — Über den Irrtum bei Delikten im heutigen Strafrecht und in dem der Zukunft, in GS Bd. 81 (1913), S. 19 ff

Bindokat, Heinz — Irrungen und Wirrungen in der Rechtsprechung über den Verbotsirrtum, in JZ 1953, S. 748 ff.

Bruns, Hans-Jürgen — Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. Berlin 1938

Bruns, Hans-Jürgen — Der untaugliche Täter im Strafrecht, Karlsruhe 1955

Busch, Richard — Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, in Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin 1954, S. 165 ff.

Cüppers, Josef — Parteiverrat (§ 356 RStGB), in NJW 1947/48, S. 4 ff

Cüppers, Josef — Urteilsanmerkung, in NJW 1950, S. 239

Dahs, Hans — Einführung, in Geppert, Der strafrechtliche Parteiverrat, Darmstadt 1961

Dalcke - Fuhrmann-Schäfer - Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin 1961

Dohna, Alexander Graf zu - Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., Bonn 1947

Dreher-Maassen — Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen, 3. Aufl., München u. Berlin 1959

Ebner, Friedrich — Die Praevarikation der Rechtsbeistände (§ 356 RStGB), Diss. Heidelberg 1913

Eichmann, Fritz	Der Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen, Breslau 1929. Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 255
Engisch, Karl	Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930
Engisch, Karl	Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in Festschrift für Edmund Mezger, München u. Berlin 1954, S. 127 ff.
Frank, Reinhard	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931
Friedlaender, Adolf u. Max	Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878, 3. Aufl., München, Berlin u. Leipzig 1930
Friedlaender, Max	Urteilsanmerkung, in JW 1929, S. 1885
Geppert, Otto	Der strafrechtliche Parteiverrat, Darmstadt 1961
Geppert, Otto	Strafverteidigung und Parteiverrat, in NJW 1958, S. 1959 f.
Geppert, Otto	Der strafrechtliche Parteiverrat bei der Vertretung gemeinsamer Interessen, in MDR 1959, S. 161 ff.
Geppert, Otto	Der Täterkreis beim strafrechtlichen Parteiverrat, in NJW 1960, S. 1043 ff.
Geppert, Otto	Vorsatz und Irrtum beim strafrechtlichen Parteiverrat, in MDR 1960, S. 623 ff.
Gerland, Heinrich	Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1932
Gnodtke, Günter	Der Parteiverrat in den deutschen Strafgesetzentwürfen verglichen mit dem geltenden Recht, Diss. Erlangen 1934
Grünhut, Max	Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht, Tübingen 1926
Haferland, Fritz	Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers. Diss. Leipzig 1928
Hardwig, Werner	Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, in GA 1956, S. 369 ff.

v. Hippel, Robert	Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in VDAT Bd. III, Berlin 1908, S. 373 ff.
v. Hippel, Robert	Deutsches Strafrecht, Bd. II: Das Verbrechen, Berlin 1930
v. Hippel, Robert	Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932
Hirsch, Hans Joachim	Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Bonn 1960
Jescheck, Hans-Heinrich	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Bd. 1-5 der Amtlichen Sammlung), in GA 1954, S. 322 ff.
Jescheck, Hans-Heinrich	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Bd. 6 und 7 der Amtlichen Sammlung), in GA 1956, S. 97 ff.
Jescheck, Hans-Heinrich	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Bd. 8 und 9 der Amtlichen Sammlung) in GA 1958, S. 1 ff.
Jescheck, Hans-Heinrich	Urteilsanmerkung, in JZ 1957, S. 551
Kalsbach, Werner	Standesrechtliche Fragen aus dem Gebiete der Interessenkollision, in AnwBl. 1954, S. 187 ff.
Kalsbach, Werner	Zur Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs der Rechtsanwaltskammer der Britischen Zone, in: Anwälte zur Reform des Strafrechts und Standesrechts, Gedenkschrift für Dr. Josef Cüppers, Essen 1955, S. 179 ff.
Kalsbach, Werner	Standesrecht des Rechtsanwalts, Köln 1956
Kalsbach, Werner	Bundesrechtsanwaltsordnung und Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs, Köln 1960
Kaufmann, Armin	Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954
Kaufmann, Armin	Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum, in Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 319 ff.
Kaufmann, Arthur	Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, Mainz 1950

Kaufmann, Arthur	Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, in JZ 1954, S. 653 ff.
Kohlrausch, Eduard	Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, I. Teil, Berlin 1903
Kohlrausch-Lange	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Aufl., Berlin 1961
Kreutzer, Paul	Zum Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, in NJW 1955, S. 1307 ff.
Kunert, Karl-Heinz	Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, Berlin 1958
Lange, Richard	Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre, in JZ 1956, S. 73 ff.
Lang-Hinrichsen, Dietrich	Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, in JR 1952, S. 184 ff.
Lang-Hinrichsen, Dietrich	Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, in JR 1952, S. 302 ff.
Lang-Hinrichsen, Dietrich	Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in JZ 1953, S. 362 ff.
Lang-Hinrichsen, Dietrich	Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Tübingen 1960
Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch, hgg. von Jagusch, Mezger, Schaefer, Werner, 8. Aufl. 1. Bd. Berlin 1957 2. Bd. Berlin 1958
v. Liszt, Franz	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 22. Aufl., Berlin u. Leipzig 1919
v. Liszt-Schmidt	Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin u. Leipzig 1927
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1958 Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1959
Mayer, Hellmuth	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart u. Köln 1953

Mayer, Max Ernst	Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Heidelberg 1923
Meyer-Allfeld	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Leipzig 1934
Mezger, Edmund	Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin u. München 1949
Mezger, Edmund	Strafrecht, Allgemeiner Teil, ein Studienbuch, 9. Aufl., München u. Berlin 1960
Mezger, Edmund	Strafrecht, Besonderer Teil, ein Studienbuch, 7. Aufl., München u. Berlin 1960
Mezger, Edmund	Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Sonderdruck aus der Festschrift für Traeger, Berlin 1926
Mezger, Edmund	Urteilsanmerkung, in JW 1927, S. 2006 ff.
Mezger, Edmund	Urteilsanmerkung, in JZ 1951, S. 179 f.
Mezger, Edmund	Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, in NJW 1953, S. 2 ff.
Neumeyer	Prävarikation (§ 356 RStGB), in VDBT Bd. IX, Berlin 1906, S. 503 ff.
Niese, Werner	Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951
Niese, Werner	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, (Bd. 4 u. 5 der Amtlichen Sammlung), in JZ 1955, S. 320 ff.
Niese, Werner	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Bd. 6-9 der Amtlichen Sammlung), in JZ 1957, S. 658 ff.
Niethammer, Emil	Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950
Noack, Erwin	Kommentar zur Reichs-Rechtsanwaltsordnung in der Fassung vom 21. Februar 1936, 2. Aufl., Leipzig 1937
Nowakowski, Friedrich	Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz in ZStW Bd. 65 (1953), S. 379 ff.

v. Olshausen, Justus	Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. 2, 10. Aufl., Berlin 1916 Erste Lieferung, 12. Aufl., Berlin 1942
Oppenhoff, Theodor	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Berlin 1888
Roesen, Anton	Der Parteiverrat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in JW 1938, S. 649 ff.
Roxin, Claus	Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, Hamburg 1959
Sauer, Wilhelm	Grundlagen des Strafrechts, 1. Aufl., Berlin und Leipzig 1921
Sauer, Wilhelm	Allgemeine Strafrechtslehre (3. Aufl. der "Grundlagen des Strafrechts"), Berlin 1955
Sauer, Wilhelm	System des Strafrechts, Besonderer Teil, Köln und Berlin 1954
Sauer, Wilhelm	Die beiden Tatbestandsbegriffe. Zur Lehre von den äusseren Strafbarkeitsvoraussetzungen, in Festschrift für Edmund Mezger, München und Berlin 1954, S. 117 ff.
Schmidt-Leichner, Erich	Zur Problematik des Parteiverrats, in NJW 1953, S. 404 ff.
Schmidt-Leichner, Erich	Urteilsanmerkung, in NJW 1953, S. 430 ff.
Schmidt-Leichner, Erich	Urteilsanmerkung, in NJW 1953, S. 472 f.
Schmidt-Leichner, Erich	Strafverteidigung und Parteiverrat, in NJW 1959, S. 133 f.
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 10. Aufl., München u. Berlin 1961
Schröder, Horst	Die Irrtumsrechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in ZStW Bd. 65 (1953), S. 178 ff.
Schwarz, Otto	Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 22. Aufl., München und Berlin 1959
Schwarz-Dreher	Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 24. Aufl., München und Berlin 1962

Schweikert, Heinrich	Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Karlsruhe 1957
Warda, Heinz-Günter	Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, Berlin 1955
v.Weber, Hellmuth	Vom Subsumtionsirrtum, in GA 1953, S.161 ff.
Wegner, Arthur	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Göttingen 1951
Wegner, Arthur	Über Irrtum. Seine Behandlung in Strafrechtsprechung und Strafrechtslehre, in Festschrift für Leo Raape, Hamburg 1948, S.401 ff.
Welzel, Hans	Das deutsche Strafrecht. 7.Aufl., Berlin 1960
Welzel, Hans	Das neue Bild des Strafrechtssystems, 3.Aufl., Göttingen 1957
Welzel, Hans	Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, in SJZ 1948, Sp.368 ff.
Welzel, Hans	Der Irrtum über die Rechtmässigkeit der Amtsausübung in JZ 1952, S.19 f.
Welzel, Hans	Der Irrtum über die Zuständigkeit einer Behörde, in JZ 1952, S.133 ff.
Welzel, Hans	Der Irrtum über die Amtspflicht, in JZ 1952, S.208 f.
Welzel, Hans	Urteilsanmerkung, in JZ 1952, S.340 ff.
Welzel, Hans	Zur Abgrenzung des Tatbestandsirrtums vom Verbotsirrtum, in MDR 1952, S.584 ff.
Welzel, Hans	Urteilsanmerkung, in JZ 1953, S.119 ff.
Welzel, Hans	Arten des Verbotsirrtums, in JZ 1953, S.266 ff.
Welzel, Hans	Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), in JZ 1954, S. 276 ff.
Welzel, Hans	Urteilsanmerkung, in JZ 1955, S.455 f.
Welzel, Hans	Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, in ZStW Bd.67 (1955), S. 196 ff.

Wolf, Erik — Strafrechtliche Schuldlehre, 1. Teil, Mannheim/Berlin/Leipzig 1928

Wolff, Konrad — Der Parteiverrat des Sachwalters. Die Prävarikation in Geschichte und Gegenwart, Diss. Berlin 1930

Gesetzesmaterialien:

Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, Bd. 8, Besonderer Teil, 76.-90. Sitzung, Bonn 1959

Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1960 mit Begründung, Bundesrat-Drucksache 270/60

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
abl.	= ablehnend
a.E.	= am Ende
a.F.	= alte Fassung
AG	= Amtsgericht
Allgem.StrRL	= Allgemeine Strafrechtslehre
Anm.	= Anmerkung
AnwBl.	= Zeitschrift "Anwaltsblatt"
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	= Band
betr.	= betreffend
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	= Bundesgesetzblatt
BGHSt	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BRAO	= Bundesrechtsanwaltsordnung
BT	= Besonderer Teil
BZ	= Britische Zone
bzw.	= beziehungsweise
ders.	= derselbe
dgl.	= desgleichen
d.h.	= das heisst
DJZ	= Zeitschrift "Deutsche Juristenzeitung"
DR	= Zeitschrift "Deutsches Recht"
FGG	= Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
GA	= Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozess
gem.	= gemäss
GS	= Zeitschrift "Der Gerichtssaal"
HESt	= Sammlung "Höchstrichterlicher Entscheidungen in Strafsachen"
h.L.	= herrschende Lehre
i.d.F.	= in der Fassung
i.e.S.	= im engeren Sinne
insbes.	= insbesondere

i.S.	= im Sinn
i.w.S.	= im weiteren Sinn
JR	= Zeitschrift "Juristische Rundschau"
JW	= Zeitschrift "Juristische Wochenschrift"
JZ	= Zeitschrift "Juristenzeitung"
Lb.	= Lehrbuch
LK	= Leipziger Kommentar
m.a.W.	= mit anderen Worten
MDR	= Zeitschrift "Monatsschrift für Deutsches Recht"
NJW	= Zeitschrift "Neue Juristische Wochenschrift"
OLG	= Oberlandesgericht
RAO	= Rechtsanwaltsordnung
RGSt	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
SJZ	= Zeitschrift "Süddeutsche Juristenzeitung"
sog.	= sogenannt
StGB	= Strafgesetzbuch
StPO	= Strafprozessordnung
st.Rspr.	= ständige Rechtsprechung
StuB.	= Studienbuch
u.a.	= unter anderem
u.U.	= unter Umständen
VDAT	= Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts 1908, Allgemeiner Teil, 6 Bände
VDBT	= Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts 1906, Besonderer Teil, 9 Bände
vgl.	= vergleiche
VOBl.	= Verordnungsblatt
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
z.B.	= zum Beispiel
Ziff.	= Ziffer
ZPO	= Zivilprozessordnung
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	= zustimmend

Kommentarstellen ohne Paragraphenangabe sind solche zu § 356 StGB.

E I N L E I T U N G

Probleme des strafrechtlichen Parteiverrats waren in letzter Zeit wiederholt Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen. Trotz der erst vor kurzem erschienenen Monographie von G e p p e r t, Der strafrechtliche Parteiverrat, fehlt es bisher jedoch an einer umfassenden Darstellung der Irrtumsprobleme, die der komplizierte Straftatbestand des § 356 StGB aufwirft. Zu den vielschichtigen Irrtumsfragen dieser Strafbestimmung hat bereits das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen Stellung genommen. Die hier als besonders unbefriedigend empfundene Irrtumsjudikatur des Reichsgerichts wurde in dem bekannten Plenarbeschluss des Grossen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 18. März 1952 (1) aufgegeben. An die Stelle der reichsgerichtlichen Unterscheidung zwischen Tat- und (strafrechtlichem und ausserstrafrechtlichem) Rechtsirrtum ist eine neue Irrtumslehre getreten, die auf dem Begriffspaar Tatbestandsirrtum - Verbotsirrtum aufbaut. Der danach gebotenen Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum sind bereits eine Vielzahl von Abhandlungen gewidmet worden. Ferner hat sich der Bundesgerichtshof in zahlreichen Entscheidungen bemüht, auf der Grundlage des Beschlusses vom 18. 3. 1952 beide Irrtumsarten im Einzelfall voneinander abzugrenzen. Eine vollständige Klärung aller Zweifelsfragen ist bisher nicht festzustellen. Vor allem der Parteiverrat gehört zu denjenigen Strafvorschriften, bei denen die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum noch beträchtliche Schwierigkeiten bereitet. Die vorliegende Arbeit hat daher einmal den Zweck, die speziellen Irrtumsprobleme des § 356 StGB darzustellen und im Rahmen der herrschenden Schuldtheorie zu einer befriedigenden Lösung zu führen. Sodann soll mit der umfassenden Behandlung der Irrtumsproblematik des Parteiverrats ein Beitrag zu dem theoretisch wie praktisch ebenso bedeutsamen Problem der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum geleistet werden.

Die folgerichtige Darstellung und sachgerechte Lösung der beim Parteiverrat auftauchenden Irrtumsprobleme setzt zunächst eine ausführliche dogmatische Analyse des gesetzlichen Straftatbestandes voraus. Die Behandlung der gestellten Aufgabe ist nur möglich, wenn man die Vorfrage geklärt hat, welches die Tatbestandsmerkmale des § 356 StGB sind, auf die sich nach § 59 StGB der Vorsatz beziehen muss, sowie welchen sachlichen Inhalt diese Tatumstände haben. Für die Irrtumsprobleme ist ferner der Vorsatz von entscheidender Bedeutung, denn das Vorliegen eines Tatbestandsirrtums hängt von den Anforderungen ab, die man an den Vorsatzinhalt stellt. Im ersten Teil der Arbeit, der sich mit dem Aufbau des § 356 StGB befasst, werden bereits die Grundlagen für die Lösung der Irrtumsfragen geschaffen, sodass im zweiten Teil, der die eigentliche Irrtumsproblematik zum Gegenstand

---

1) BGHSt (GS) 2, 194 ff. = JZ 1952, 335 mit zust. Anm. von Welzel

hat, vielfach auf die Ausführungen im ersten Teil Bezug genommen werden kann. Die Behandlung der Irrtumsprobleme beginnt somit schon im ersten Teil der Arbeit. Dadurch ist es gerechtfertigt, dass der dogmatische Aufbau des Straftatbestandes im Vergleich zu den eigentlichen Irrtumsfällen bei der Bearbeitung des Themas einen breiten Raum einnimmt.

Aus dem Gegenstand der Untersuchung wird nur der Irrtum über die Tätereigenschaft ausgeklammert, der in Gestalt der irrigen Annahme oder Nichtannahme der Täterqualität auftreten kann. Die Frage nach dem für den Parteiverrat tauglichen Täter ist zwar äusserst umstritten (1). Die Behandlung des Irrtums über die Tätereigenschaft ist jedoch ein allgemeines Problem, das bei jedem Straftatbestand auftaucht, der nur von einem beschränkten Täterkreis verwirklicht werden kann (2). Ausserdem hat der Irrtum über die Tätereigenschaft beim Parteiverrat bisher noch keine praktische Bedeutung erlangt, wie eine Durchsicht der zu § 356 StGB ergangenen höchstrichterlichen Entscheidungen zeigt. Dieser Fragenkreis ist kein Teil der "Irrtumsproblematik bei § 356 StGB", so dass sich eine Behandlung im Rahmen dieser Arbeit auch wegen fehlender Aktualität erübrigt.

---

1) Für einen weiten personellen Anwendungsbereich des § 356 StGB treten ein: Maurach, BT, S. 678; Welzel S. 447; Sauer, BT, S. 522; Schönke-Schröder Anm. II/1; Kohlrausch-Lange Anm. IV; Cüppers NJW 1947/48 S. 5. Eine Beschränkung auf Amtsträger i. w. S. fordern Binding, LB. II, S. 580; Frank Anm. I; Werner, LK, Anm. I; Ebner S. 33 ff.; Haferland S. 76; Gnodtke S. 13 ff.; Wolff S. 81 ff.; Geppert S. 41 ff. = NJW 1960, 1045 f.; RGSt 51, 220 ; 73, 126 ; OLG Saarbrücken NJW 1960; vgl. auch BGHSt 13, 231

2) Näher hierzu Bruns, Der untaugliche Täter, S. 18 ff; Maurach, AT, S. 408; Schönke-Schröder § 43 Anm. III/3; Geppert, S. 132, 146 = MDR 1960, 623, 627.

ERSTER ABSCHNITT

AUFBAU DES PRÄVARIKATIONSTATBESTANDES

A. DER OBJEKTIVE TATBESTAND DES § 356 Abs. 1 StGB

I. Die Identität der Rechtssache:

Das bedeutsamste und im Einzelfall auch am schwierigsten festzustellende Tatbestandsmerkmal des Parteiverrats ist der Begriff "dieselbe Rechtssache". Bevor das Merkmal der Sachidentität untersucht werden kann, muss zunächst geprüft werden, was unter der Bezeichnung Rechtssache zu verstehen ist.

1. Die Rechtssache

Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung sind unter Rechtssachen alle Angelegenheiten zu verstehen, die nach rechtlichen Grundsätzen zu entscheiden und bei denen mehrere Personen mit widerstreitenden rechtlichen Interessen beteiligt sind (1). Dazu gehören alle Angelegenheiten des Zivil- (2), Straf- (3) und Verwaltungsrechts (4) sowie der freiwilligen Gerichtsbarkeit (5), bei denen mehrere ein entgegengesetztes Interesse verfolgende Parteien vorkommen können. Für den Begriff der Rechtssache ist zunächst wesentlich, dass er nur Rechtsangelegenheiten umfasst, d.h. solche Interessengegensätze, die nach rechtlichen Bestimmungen zu beurteilen und zu erledigen sind (6) . Meinungsverschiedenheiten persönlicher, wissenschaftlicher, künstlerischer oder auch weltanschaulicher, insbesondere religiöser Art fallen daher nicht darunter. Ein derartiger Konflikt zwischen zwei Personen wird selbst dann nicht zu einer Rechtssache, wenn

---

1) Maurach, BT, S. 679; Welzel, S. 447; Gerland S. 366; Ebner S. 37; Frank Anm. II/1; Werner, LK, Anm. IV; Kohlrausch-Lange Anm. VI; Schönke-Schröder Anm. III/1; Noack § 32 Anm. 3; Friedlaender § 31 Anm. 8; Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. IIa; RGSt 23, 64/5; 62, 291; 66, 320; JW 1932, 3622; 1937, 2964; BGHSt 5, 304.

2) Auch das Konkursverfahren; vgl. BGHSt 7, 18; Gnodtke S. 17; Ebner S. 38

3) RGSt 49, 344 ; 66, 320; BGHSt 5, 285, 304

4) Binding, LB II, S. 580; Sauer, BT, S. 520; Ebner S. 38; Gnodtke S. 17; Geppert S. 51; Noack a.a.O.; Friedlaender § 31 Anm. 10; Dreher-Maassen Anm. 3

5) Binding, Maurach, Sauer, Ebner, Gnodtke, Geppert, Schönke-Schröder, Werner LK, Dreher-Maassen, jeweils a.a.O.; Schwarz-Dreher Anm. 2 A

6) Ebner S. 36; Gnodtke S. 17; Geppert S. 49; Friedlaender § 31 Anm. 10

sich die Beteiligten deshalb an einen Anwalt (1) wenden, denn der Interessengegensatz ist allein nach ausserrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (2). Ebensowenig fallen unter den Begriff Rechtssache rein wirtschaftliche Tätigkeiten, wie etwa Vermögensverwaltungen (3).

Bestritten ist jedoch, ob der Rechtssachbegriff die gegensätzliche Beteiligung mehrerer Personen voraussetzt. Geppert (4) führt zur Begründung seiner gegenteiligen Meinung aus, eine Rechtssache könne auch unabhängig von dem Bestehen eines Interessenwiderstreits zwischen den Beteiligten vorliegen. Anderenfalls wäre eine rechtlich relevante Angelegenheit dann nicht mehr als Rechtssache anzusprechen, wenn die Parteien keine entgegengesetzten Belange verfolgen. Eine solche Auslegung werde jedoch der Bedeutung des Begriffs Rechtssache nicht gerecht. Letztere sei ein selbständiges, vom Interessengegensatz logisch getrenntes Tatbestandsmerkmal des § 356 StGB.

Der Auffassung von Geppert ist darin zuzustimmen, dass es rechtserhebliche Angelegenheiten gibt, bei denen zwischen den beiderseitigen Belangen kein Gegensatz besteht. Das ist z.B. der Fall, wenn ein Anwalt von zwei Klienten mit dem Entwurf eines Gesellschaftsvertrages beauftragt wird. Es kann nicht geleugnet werden, dass es sich bei den Vertragsverhandlungen und der schriftlichen Formulierung des Gesellschaftsvertrages, jeweils unter Mitwirkung und sachlicher Beratung durch den Anwalt, um rechtlich bedeutsame Vorgänge handelt, bei denen die Vertragspartner gleichlaufende Interessen verfolgen. Als zukünftige Gesellschafter haben sie die Absicht, sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes zu einer Personenvereinigung zusammenzuschliessen und diesen Zweck in der vertraglich festgelegten Weise zu fördern (5).

Unzutreffend ist aber die Schlussfolgerung von Geppert, dass nach der Begriffsbestimmung der herrschenden Lehre bei gleichgerichteten Parteiinteressen keine Rechtssache vorliege. Obwohl die Begriffe Rechtssache, Partei (6) und Interessengegensatz (7) selbständige, voneinander getrennte Tatbestandsmerkmale des § 356 StGB sind, stehen sie nicht beziehungslos nebeneinander. Sie dürfen nicht antithetisch, sondern müssen dialektisch gesehen werden. Bildlich gesprochen handelt es sich um drei nebeneinander liegende Kreise, die sich häufig überschneiden und decken

---

1) Im Text wird nur der Ausdruck "Anwalt" und "Rechtsanwalt" verwendet. Die Ausführungen gelten aber in gleicher Weise für die Rechtsbeistände i.S.des § 356 StGB, die nur der Abkürzung halber nicht besonders erwähnt werden.
2) Vgl. Binding, LB.II, S.580; Ebner S.39 f.; Gnodtke S.17; Geppert S.49
3) Gnodtke S.17; Noack § 32 Anm.3; Friedlaender § 31 Anm.10
4) S.50, 85 = MDR 1959, 161
5) Vgl. § 705 BGB
6) Vgl. unten S.16 ff.
7) Vgl. unten S.34 f.

können, aber nicht decken müssen (1). Eine Rechtssache kann deshalb auch dort vorliegen, wo zunächst von einem Interessengegensatz i.S. des § 356 StGB nicht gesprochen werden kann. Im Zeitpunkt der Entstehung der Rechtssache braucht ein Interessenkonflikt noch nicht vorhanden zu sein (2); es muss nur die Möglichkeit bestehen, dass sich aus der Rechtssache ein Interessenwiderstreit der Beteiligten entwickelt (3). Erforderlich, aber auch ausreichend ist deshalb ein potentieller, kein aktueller Gegensatz der Parteibelange in Ansehung derselben Rechtssache. Für den Begriff Rechtssache genügt diese Feststellung; ob tatsächlich ein aktueller Interessenwiderstreit besteht, ist erst für das Merkmal der Pflichtwidrigkeit von Bedeutung (4). In dem oben gebildeten Beispiel können zwischen den Mandanten nachträglich Streitigkeiten entstehen, die ihre Ursache in den dem Vertragsabschluss vorangegangenen Besprechungen haben (5). Da eine rechtserhebliche Angelegenheit unstreitig nur dann vorliegt, wenn über sie in einem rechtlich geordneten Verfahren nach Rechtsgrundsätzen entschieden werden kann, muss sie die Möglichkeit enthalten, dass zwei Beteiligte eine gegensätzliche Stellung zu ihr einnehmen. Anderenfalls wäre ihre Beurteilung nach rechtlichen Gesichtspunkten logisch undenkbar. Die Notwendigkeit eines potentiellen Interessengegensatzes ergibt sich somit zwingend aus der jeder Rechtssache immanenten Eigenschaft, dass sie Gegenstand einer rechtlichen Entscheidung sein kann.

2. Die Sachidentität

Bei der Frage, ob "dieselbe" Rechtssache vorliegt, ist eine extensive Auslegung geboten (6); denn ist bereits der Rechtssachebegriff nicht auf den formellen Begriff der Prozessache beschränkt, so müssen auch die Merkmale, die die Sachidentität begründen, materieller Natur sein. Um jedoch den Tatbestand dadurch nicht ins Uferlose auszuweiten, bedeutet "dieselbe" Rechtssache nicht die Gesamtheit der persönlichen und wirtschaftlichen Belange des Mandanten, die von seinem Auftrag rechtlich irgendwie berührt werden (7). Es ist vielmehr anerkannt, dass der

---

1) Schmidt-Leichner NJW 1959, 133
2) Werner, LK, Anm.IV; 66, 320/1
3) Schwarz-Dreher Anm.2 A; ähnlich Binding, LB.II, S.580; Wolff S.95: Rechtssache ist "jede Sache, die als Gegenstand eines bestimmten Verfahrens gedacht werden kann".
4) Vgl. unten S.35 ff
5) Z.B. Anfechtung des Gesellschaftsvertrages wegen arglistiger Täuschung bei den Vertragsverhandlungen.
6) Maurach, BT, S. 679; Welzel S.447
7) RGSt 60, 304; BGHSt 5, 307; OLG Düsseldorf NJW 1959, 1050; Gnodtke S.29; vgl. auch Roesen JW 1938, 649

Umfang der einzelnen Rechtssache durch den Willen des Auftraggebers in der Weise beschränkt werden kann, dass sich die Identität der Rechtssache aus dem Umfang des dem Anwalt erteilten Auftrages ergibt. Inhalt und Umfang der einzelnen Rechtssache und damit der Begriff "derselben" Rechtssache werden bestimmt durch "den Kreis derjenigen Rechtsinteressen, die der Auftraggeber dem Anwalt durch seinen Auftrag anvertraut hat" (1), oder durch "den sachlich-rechtlichen Inhalt der anvertrauten Interessen" (2). Dazu gehört die Gesamtheit der bei einem Sachverhalt rechtlich in Betracht kommenden Tatsachen und Interessen (3). Die sachliche Identität der für die verschiedenen Personen vertretenen Rechtsangelegenheiten ist dann zu bejahen, wenn der dem Anwalt anvertraute Tatsachenkomplex in beiden Fällen rechtlich von Bedeutung ist. Das Reichsgericht hat deshalb mit Recht ausgesprochen, dass der Inhalt des entgegengebrachten Vertrauens in dem durch die Beziehung eines Tatsachenkomplexes zur Rechtsordnung bestimmten materiellen Rechtsverhältnis besteht, gleichviel, ob daraus eine oder mehrere Rechtsfolgen abgeleitet werden können, ob sich diese in ihrem Gegenstande, ihrer Begründung oder bezüglich der Person des Gegners unterscheiden, und ob sie gerichtlich geltend gemacht werden oder nicht (4). Der Anwalt kann diesen Streitstoff nicht dadurch begrenzen, dass er das Mandat einschränkt. In welchem Umfang er den Auftrag übernehmen will, hängt zwar allein von seinem Willen ab; wie weit sich der Streitstoff erstreckt, dagegen nicht (5).

Für den Begriff derselben Rechtssache macht es keinen Unterschied, ob der Anwalt durch die Tätigkeit für den Zweitmandanten den Erfolg seiner früheren Bemühungen für den ersten Auftraggeber unmittelbar oder nur mittelbar beeinträchtigt. Auf diese unzutreffende Differenzierung stellt die Entscheidung des OLG München (6) ab, nach der ein Anwalt nicht innerhalb derselben Rechtssache tätig wird, wenn er einen früheren Mandanten, für den er bedingten Straferlass erwirkt hat, während der Probezeit wegen einer neuen, gegen einen Dritten begangenen Straftat anzeigt. Zur Begründung führt das OLG München aus, dem Anwalt sei nicht die persönliche Freiheit seines Klienten schlechthin anvertraut worden, sondern nur dessen Belange hinsichtlich der Restgefängnisstrafe und des Unterbleibens von

---

1) RGSt 60, 299; 71, 236; DR 1939, 714; BGHSt 5, 307; AnwBl. 1955, 69; OLG München NJW 1950, 239; OLG Düsseldorf NJW 1959, 1050; Kohlrausch-Lange Anm. VI; Schönke-Schröder Anm. III/1; Friedlaender § 31 Anm. 11; a. A. Wolff S. 102 ff.

2) RGSt 62, 294; Maurach, BT, S. 679; Werner, LK, Anm. V; Schönke-Schröder a. a. O.

3) BGHSt 5, 304; AnwBl. 1954, 199

4) RGSt 60, 300; DR 1939, 714; BGH AnwBl. 1954, 199; zust. Maurach a. a. O.; Welzel S. 447; Mezger, StuB BT, S. 294; Schönke-Schröder a. a. O.

5) BGH NJW 1953, 431

6) HESt 2, 359 = NJW 1950 , 239 mit Anm. von Cüppers

deren Vollzug. Die Strafanzeige sei zwar geeignet gewesen, zu einer neuerlichen Bestrafung und anschliessend zum Widerruf des bedingten Straferlasses und zur Verbüssung der Reststrafe zu führen. Dieses Ergebnis sei aber erst das letzte Glied einer Reihe von Ursachen gewesen und stelle sich gewissermassen als eine Fernwirkung der Strafanzeige dar. Eine derartige, nur mittelbare Auswirkung genüge jedoch nicht, um die Belange des früheren Mandanten hinsichtlich der ausgesetzten Reststrafe und die rechtlichen Interessen des durch den Diebstahl Geschädigten als dieselbe Rechtssache anzusehen. Der Diebstahl sei nicht etwa eine zu dem früheren Rechtsverhältnis hinzutretende neue Tatsache gewesen, sondern ein davon unabhängiges Ereignis, das völlig andere Rechtswirkungen ausgelöst habe. Die gegenteilige Auffassung lasse eine Abgrenzung der anvertrauten Rechtsinteressen nicht mehr zu.

Die Begründung dieser im Ergebnis zutreffenden Entscheidung befriedigt jedoch nicht, wie Cüppers (1) in seiner Anmerkung zu dem Urteil hervorhebt (2). Dass der Erfolg der anwaltlichen Tätigkeit für den ersten Auftraggeber nur durch das Eingreifen der Strafvollstreckungsbehörden vereitelt wurde, schliesst das Vorliegen einer identischen Rechtsangelegenheit nicht aus. Die hinsichtlich der Reststrafe anvertrauten Interessen und die mit der Strafanzeige verfolgten Belange des zweiten Klienten lassen sich nicht miteinander vereinbaren und bilden deshalb materiell einen einheitlichen Tatsachenkomplex. Die Erstattung der Strafanzeige hatte zwangsläufig den Widerruf des Straferlasses zur Folge. Der Tatbestand des § 356 StGB kann also nicht wegen Fehlens des Merkmals "derselben" Rechtssache verneint werden (3).

3. Abgrenzungsprobleme

Obwohl der Begriff der identischenRechtssache theoretisch eindeutig festgelegt ist, macht die Grenzziehung im Einzelfall gerade wegen der weiten Fassung des Begriffs erhebliche Schwierigkeiten. Diese ergeben sich aus den in der Praxis immer wieder auftauchenden Fragen, ob und inwieweit von einem einheitlichen Tatsachenkomplex gesprochen werden kann, wenn derselbe Streitstoff in verschiedenen Prozessen geltend gemacht oder wenn er ausserdem noch verfahrensmässig unterschiedlich behandelt wird. Zweifelhaft ist ferner, ob "dieselbe" Rechtssache Personenidentität voraussetzt und ob sie einer zeitlichen Begrenzung unterliegt. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat alle diese Versuche einer restriktiven Auslegung des Begriffs derselben Rechtssache und damit einer Grenzziehung nach den angeführten formalen Gesichtspunkten zurückgewiesen. Mit Billigung des

---

1) NJW 1950, 239
2) Ebenso Geppert S. 81 = NJW 1958, 1960
3) Vgl. hierzu unten S. 18 f.

Schrifttums (1) hält sie an der materiellrechtlichen Betrachtung des Tatbestandsmerkmals fest. Mithin ist Kriterium für die Bestimmung und Abgrenzung derselben Rechtssache allein die sachliche Identität des der rechtlichen Beurteilung unterliegenden Tatsachenstoffes oder Lebensverhältnisses (2).

a) Verschiedenartigkeit der Verfahren:

Für den Begriff derselben Rechtssache ist es unerheblich, ob die dem Anwalt anvertrauten Tatsachen und Interessen in gleich- oder verschiedenartigen Verfahren behandelt werden. Ohne Rücksicht auf die Verfahrensarten wird "dieselbe" Rechtssache allein durch den Umfang des Auftrages und die sich daraus ergebenden rechtlichen Belange des Mandanten umgrenzt.

Die Gesamtheit des Tatsachenstoffes kann sowohl in einem Strafverfahren als auch in einem Zivilprozess die Grundlage der rechtlichen Beurteilung bilden. Die Identität der Rechtssache ist z.B. offensichtlich, wenn der Anwalt zuerst den A in einem Straf-Verfahren wegen eines Verkehrsdelikts mit fremdem Personen- und Sachschaden verteidigt, später aber die Vertretung des Unfallgeschädigten B in dem gegen A geführten Schadenersatzprozess übernimmt. Aus diesem Beispiel lässt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, dass der Anwalt durch die Verteidigung des Angeklagten im Strafprozess und die Vertretung des Verletzten im Schadenersatzprozess gegen den Angeklagten stets in derselben Rechtssache tätig wird(3). Gegenstand des Strafverfahrens und des Zivilrechtsstreits ist die vom Angeklagten begangene Tat, die einmal strafrechtlich, das andere Mal zivilrechtlich gewürdigt wird. Dasselbe materielle Rechtsverhältnis liegt auch dann vor, wenn der Anwalt den Ehemann im Strafverfahren gegen den Vorwurf eines Sittlichkeitsdelikts verteidigt und später für die Ehefrau des Angeklagten die Ehescheidungsklage erhebt, die auf den Sachverhalt des Sittlichkeitsverbrechens gestützt wird (4). Der einheitliche Streitstoff ist das vom Ehemann begangene Sittlichkeitsdelikt. Aus ihm ergibt sich einerseits das rechtliche Interesse des Ehemannes, im Strafverfahren von einem Anwalt verteidigt zu werden, andererseits aber auch das rechtliche Interesse der Ehefrau, wegen der mit der Verurteilung erwiesenen schweren Eheverfehlung die Scheidung ihrer Ehe durch einen Anwalt zu betreiben (5).

Ferner kann der Gegenstand eines verwaltungsgerichtlichen oder eines Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit identisch sein mit dem eines Strafverfah-

---

1) Nachweis über das ältere Schrifttum bei Gnodtke S.29 Anm.7
2) Vgl. zum Folgenden Geppert S.60 ff.
3) Welzel, S.447; RGSt 49, 344/5; BGHSt 3, 403; 7, 262; OLG Hamm NJW 1955, 803
4) BGH AnwBl.1954, 199; OLG Hamm a.a.O.; OLG Düsseldorf NJW 1959, 1050
5) BGH AnwBl. 1954, 199

rens. Stellt z.B. ein Gastwirt Spielkarten für ein Glücksspiel (1) zur Verfügung, so macht er sich nach § 284 StGB strafbar. Nimmt die Verwaltungsbehörde wegen dieser Straftat die Erlaubnis zum Betrieb der Gastwirtschaft zurück (2), dann kann dieser Verwaltungsakt vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden (3). Sowohl dem Strafverfahren wie dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren liegt derselbe historische Vorgang zugrunde. Ein Strafprozess und ein Verfahren nach FGG befinden z.B. dann über die Rechtsfolgen eines einheitlichen Tatsachenkomplexes, wenn ein Elternteil wegen eines Sittlichkeitsverbrechens verurteilt wird und ihm das Vormundschaftsgericht aus diesem Grunde gem. § 1666 BGB das Personensorgerecht über seine Kinder entzieht.

Schliesslich können auch ein Zivilprozess und ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit dieselbe Rechtssache betreffen, wie es z.B. bei einem Streit um die Gültigkeit eines handschriftlichen Testaments der Fall sein kann. Im Zivilprozess beantragen die gesetzlichen Erben die Feststellung ihres Erbrechts, im Verfahren nach FGG die eingesetzten Erben die Erteilung eines Erbscheins. In beiden Verfahren hängt die Entscheidung von der Gültigkeit des Testaments ab.

b) Gleichartigkeit der Verfahren:

Schliesst mithin schon die prozessual unterschiedliche Behandlung eines Sachverhalts in zwei getrennten Verfahren ein einheitliches Streitverhältnis nicht aus, so muss der Grundsatz der materiellrechtlichen Identität erst recht auf solche Rechtssachen Anwendung finden, die ebenfalls in zwei formal getrennten Prozessen entschieden werden, für die jedoch die gleichen Verfahrensvorschriften gelten. Zu dieser Gruppe gehören vor allem Rechtsstreitigkeiten, welche die Scheidung derselben Ehe zum Gegenstand haben, und zwar auch dann, wenn die Scheidungsgründe in beiden Prozessen verschieden sind . Die dem Anwalt anvertrauten Interessen bestehen nicht bloss in der Auflösung der Ehe aus bestimmten Scheidungsgründen; Streitgegenstand ist vielmehr die Auflösung der Ehe schlechthin. Da diese als ein einheitliches Lebensverhältnis aufzufassen ist, vertraut die Partei dem Rechtsanwalt, den sie mit der Scheidungsklage beauftragt, den Bestand ihrer Ehe in vollem Umfang an (5). Anvertrauter Gegenstand des Eherechtsstreits ist jeder Umstand, der für das Scheidungsbegehren der eigenen Partei des Anwalts oder für

---

1) Vgl. zu diesem Begriff Schönke-Schröder § 284 Anm. II/2, 3
2) Gemäss §§ 1/I, 2/I Ziff. 1, 12/II Ziff. 1 GaststättenG.
3) Gemäss §§ 42, 68 ff. VwGO
4) BGHSt 4, 80; 9, 341; 17, 305
5) BGHSt 9, 346

die Abweisung der Klage der Gegenpartei von Bedeutung sein kann, auch wenn es der Rechtsanwalt noch nicht weiss (1). Dabei ist es unerheblich, ob die im ersten Scheidungsurteil geltend gemachten Scheidungsgründe auch im zweiten vorgebracht werden, denn auf die Art der Begründung kommt es nicht an (2).

Ein einheitliches Lebensverhältnis liegt mehreren Mandaten auch dann zugrunde, wenn es sich um Streitigkeiten aus einem Gesellschaftsvertrag handelt. Hat der Anwalt den A beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages mit B sachlich beraten, so darf er nicht später die Interessen des B gegen A, gestützt auf den Vertrag, wahrnehmen. Sämtliche aus dem Gesellschaftsverhältnis entstehenden Interessengegensätze sind auf das eine rechtserhebliche Geschehen des Gesellschaftszusammenschlusses zurückzuführen, bei dem sich der Anwalt einseitig für die Belange der einen Partei eingesetzt hat.

Für das Zivilrecht lässt sich allgemein feststellen, dass wegen der Vielgestaltigkeit der Rechtsbeziehungen häufig identische Rechtssachen vorliegen können. Von der Rechtsprechung wurden z.B. als dieselbe Rechtssache angesehen: die Vertretung des Verpächters in allen die Hofstelle betreffenden Rechtsangelegenheiten und die spätere Prozessvertretung eines Pächters, auch wenn der Anwalt bei der Verpachtung an diesen Pächter nicht mitgewirkt hat (3); Pfändung eines Gegenstandes für den Gläubiger und Erhebung der Widerspruchsklage für einen Dritten (4); Ansprüche gegen Hauptschuldner und Ausfallbürgen (5); mehrere Unterhaltsprozesse gegen den Pflichtigen (6); Ansprüche des Käufers gegen Verkäufer und Vermittler aus demselben Kaufvertrag (7); die häuslichen und ehelichen Beziehungen zwischen Eheleuten, aus denen sich verschiedene Ansprüche ergeben (8). Diese Beispiele lassen sich beliebig ergänzen. Für den Zweck dieser Arbeit ist die Wiedergabe aller höchstrichterlichen Entscheidungen entbehrlich, denn es kommt nur darauf an, den die Rechtsprechung beherrschenden Grundgedanken an Hand von Beispielen zu verdeutlichen.

c) Personenverschiedenheit:

Für den Begriff derselben Rechtssache ist ferner nicht die Identität der an den beiden Rechtsangelegenheiten beteiligten Personen erforderlich. Auch dann, wenn eine andere Person als der ursprüngliche Gegner des Erstmandanten gegen diesen

---

1) BGHSt 9, 345 mit näherer Begründung
2) Vgl. oben S. 6 Anm. 4
3) BGH AnwBl. 1955, 85
4) RG JW 1929, 1885; vgl. auch BayObLG NJW 1959, 2223
5) RG HRR 1935 Nr. 633
6) RGSt 60, 298
7) RG JW 1937, 2964
8) RG HRR 1940 Nr. 774

auftritt, kann dieselbe Rechtssache vorliegen. Diese Feststellung beruht auf der Erkenntnis, dass die Begriffe "dieselbe Rechtssache" und "beide Parteien" selbständige Tatbestandsmerkmale des Parteiverrats sind (1). Eine etwaige Personenverschiedenheit betrifft deshalb nicht das Problem, ob noch dieselbe Rechtssache gegeben ist (2), sondern es erhebt sich die ganz andere Frage, ob sich in derselben Rechtssache zwei Parteien i.S. des § 356 StGB gegenüberstehen. Das Tatbestandsmerkmal "beide Parteien" und die damit zusammenhängenden Auslegeprobleme werden gesondert behandelt (3).

d) Beendigung der Rechtssache:

Zu klären ist schliesslich noch die Frage, ob dieselbe Rechtssache zeitlich begrenzt oder begrenzbar ist. Eine allgemein gültige Regel kann hierzu nicht aufgestellt werden; es hängt vielmehr von der Sachgestaltung des Einzelfalles ab, ob der Zeitablauf ein Kriterium für die Umgrenzung derselben Rechtssache bildet (4).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts wird die mit der Annahme eines Mandats begründete Enthaltungspflicht des Rechtsanwalts durch die Beendigung des Auftragsverhältnisses nicht beseitigt (5). Dieser Auffassung hat sich der Bundesgerichtshof mit der Einschränkung angeschlossen, dass die Rechtssache solange fortbestehe, als "sich noch Rechtsfolgen aus dem anvertrauten Sachverhalt ergeben können" (6).

Das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klienten entsteht in dem Zeitpunkt, in dem der Anwalt in der anvertrauten Rechtssache beruflich tätig wird und dadurch den Auftrag des Mandanten zur Interessenwahrnehmung annimmt. Die Treuepflicht, die für den Anwalt die Verpflichtung zur Ablehnung eines Auftrages der Gegenpartei in derselben Rechtssache begründet, dauert fort, auch wenn das Rechtsverhältnis zwischen dem Anwalt und seinem Mandanten durch Kündigung, Zurücknahme des Auftrages, Niederlegung der Vertretung oder in sonstiger Weise erloschen ist. Das Reichsgericht (7) begründet dieses Ergebnis aus dem Schutzzweck des § 356 StGB. Im Interesse der Aufrechterhaltung des Vertrauens

---

1) Vgl. oben S. 4
2) So der Leitsatz von BGHSt 5, 301; desgl. Maurach, BT, S. 679, zutreffend BGHSt 5, 304
3) Vgl. unten S. 16 ff.
4) BGH Urt. v. 14. 4. 1954 - 4 StR 762/53 - zit. n. Kalsbach, Standesrecht, S. 378
5) RGSt 45, 307 f; 62, 294; 66, 104; ebenso BGHSt 4, 83; Gnodtke S. 29; Geppert S. 111 f.
6) BGH Urt. v. 10. 3. 1955 - 4 StR 616/54-, zit. n. Kalsbach, Standesrecht S. 378; ähnlich RGSt 66, 104 f.; Binding Lb. II, S. 581
7) RGSt 45, 308

zum Anwaltsstande könne es dem Rechtsanwalt nicht gestattet werden, nach der Lösung des Auftragsverhältnisses in derselben Rechtssache die Belange der Gegenpartei zu vertreten und auf diese Weise das ihm vom Erstmandanten entgegengebrachte Vertrauen zu missbrauchen. Die Vertretung der Gegenpartei habe nämlich zwangsläufig zur Folge, dass der Anwalt seine Kenntnisse von der Lage des früheren Mandanten zugunsten des jetzigen Auftraggebers verwerte. Näherliegender ist es jedoch, die Fortdauer der Treuepflicht im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1) aus dem Begriff derselben Rechtssache selbst zu begründen. Es leuchtet ohne weiteres ein, dass sich aus der anvertrauten Rechtsangelegenheit auch nach dem -jederzeit möglichen- Erlöschen des Mandatsvertrages noch Rechtsfolgen für die Parteien ergeben können. Die Erledigung des Auftrages bewirkt nicht von sich aus den Wegfall seines Gegenstandes, d.h. sie schliesst nicht die Möglichkeit aus, dass die Parteien auch noch später in Ansehnung derselben Rechtssache widerstreitende Interessen verfolgen. Da die Rechtssache und der Auftrag stets verschiedene Entstehungsgründe und einen unterschiedlichen materiellrechtlichen Inhalt aufweisen, bilden sie zwei selbständige Tatsachenkomplexe, die auch rechtlich verschieden behandelt werden müssen. Aus diesem Grunde braucht der Zeitpunkt ihres Erlöschens nicht übereinzustimmen.

Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen mit der Erledigung eines Auftrages auch die betreffende Rechtssache zu bestehen aufhört. Der Anwalt kann z.B. beauftragt sein, den Gläubigern seines Mandanten einen rein rechnerischen, ziffernmässigen Vergleichsvorschlag zu machen (2). Zu diesem Zweck offenbar ihm der Mandant nur seine Gläubiger und die Höhe ihrer Forderungen sowie die ihm zur Verfügung stehenden Geldmittel, Aussenstände, Sicherungen u.dgl. Ausserdem teilt er dem Anwalt mit, er könne bei dieser finanziellen Situation zur Verhütung des wirtschaftlichen Zusammenbruchs nur eine sich aus der Gegenüberstellung von Aktiven und Passiven rein ziffernmässig ergebende Quote seiner Schulden bezahlen. Werden dabei dem Anwalt die den einzelnen Forderungen zugrunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse, der sachliche Inhalt der Ansprüche und die eventuell gegebenen Einwendungen und Einreden nicht anvertraut, so hat er nur die Aufgabe, den Gläubigern die finanzielle Lage des Schuldners bekannt zu geben, eine bestimmte Vergleichsquote anzubieten und die Entschliessung der Gläubiger zu diesem Angebot entgegenzunehmen. Da der Umfang des Auftrages und damit der anvertrauten Rechtssache auf den rechnerisch-wirtschaftlichen Vergleichsvorschlag beschränkt ist, kann der Anwalt nach dem Scheitern der Vergleichsverhandlungen und nach Niederlegung des Mandats die Forderung eines Gläubigers gegen

---

1) Vgl. oben S.11 Anm.6
2) RGSt 66, 104 ff.

den früheren Auftraggeber einklagen (1). Denn mit dem endgültigen Scheitern des Vergleichsversuches hat die dem Anwalt anvertraute Rechtsangelegenheit, nämlich die Schuldenregelung in dem erwähnten Sinne, zu bestehen aufgehört. Für die Parteien ergeben sich aus ihr auch später keine Rechtsfolgen mehr. Macht der Anwalt dagegen noch während der Vergleichsverhandlungen die Forderung eines Gläubigers gegen den Schuldner geltend, so ist die Identität der Rechtssachen zu bejahen, weil der Anwalt entgegen den Interessen seines Auftraggebers das Zustandekommen des Vergleichs erschwert oder überhaupt vereitelt.

Dieselbe Rechtssache liegt auch dann vor, wenn sich der Anwalt für die Interessen eines Gläubigers einsetzt, obwohl er von seinem Mandanten in das den einzelnen Forderungen zugrunde liegende sachlich-rechtliche Verhältnis eingeweiht wurde. Mit dem Auftrag zur vergleichsweisen Erledigung der wirtschaftlich unsicher gewordenen Forderungen hat der Mandant dem Anwalt seine gesamten Rechtsbeziehungen zu den Gläubigern anvertraut. Dieser Tatsachenkomplex äussert für die Beteiligten solange rechtliche Wirkungen, als die Ansprüche der Gläubiger nicht vollständig erfüllt sind.

Ein weiteres Beispiel für die gleichzeitige Erledigung der Rechtssache und des Auftragsverhältnisses bildet der dem Bundesgerichtshof (2) zur Entscheidung unterbreitete Sachverhalt. Hat ein von zwei Vertragspartnern gemeinsam erteilter Auftrag nur zum Inhalt, einen bereits formlos gültig zustande gekommenen Vertrag in eine schriftliche Form zu bringen, und enthält sich der Anwalt dabei jeder sachlichen Beratung bezüglich des Vertragsinhalts, so betrifft ein späterer Rechtsstreit zwischen den Vertragsparteien nicht diejenige Rechtssache, mit der der Anwalt früher befasst war (3). Der Umfang des Auftrages und damit der anvertrauten Interessen erschöpft sich in der Abfassung des mündlich geschlossenen Vertrages. Aus der schriftlichen Niederlegung des für die Parteien bereits verbindlichen Vertragsinhaltes ergeben sich keine weiteren Rechtsfolgen mehr. Ein späterer Rechtsstreit über die im Vertrag festgelegten Rechte und Pflichten hat nicht die schriftliche Formulierung des Vertrages zum Gegenstand.

---

1) RGSt 66, 105
2) AnwBl. 1955, 69
3) Zust. Schönke-Schröder Anm. III/3b

II. Das Anvertrauen der Rechtssache

Weiteres Tatbestandsmerkmal des Parteiverrats ist das "Anvertrauen" der Rechtssache "in amtlicher Eigenschaft". Wenigstens eine Partei muss dem Anwalt die Rechtsangelegenheit anvertraut haben. Es ist nicht notwendig, dass ihm beide Parteien die Rechtssache mitteilen, denn es kommt nur darauf an, dass er überhaupt durch eine der beiden Parteien von der Rechtsangelegenheit Kenntnis erlangt (1). Beruht seine Kenntnis auf der Information durch die eine Partei, so kann er sowohl auf Grund einer generellen Bevollmächtigung zur Wahrnehmung der rechtlichen Interessen als auch von sich aus, als Geschäftsführer ohne Auftrag, für die Gegenpartei tätig werden, sofern er derjenigen Partei, die ihm die Angelegenheit mitgeteilt hat, noch nicht gedient hat (2). Desgleichen kann der Anwalt die Vertretung der ihn zuerst informierenden Partei ablehnen, später jedoch das Mandat der Gegenpartei annehmen und nun zu deren Gunsten das ihm früher mitgeteilte Tatsachenmaterial verwenden (3). Solange nämlich der Anwalt den Auftrag nicht übernommen und der Partei auch sonst keine Hilfe gewährt hat, ist er eine Bindung an den Klienten nicht eingegangen (4).

Zum Begriff des Anvertrauens gehört nicht mehr als "die Angabe des Sachverhalts in der Auffassung des Klienten zum Zwecke der Wahrnehmung seiner Interessen durch den Anwalt (5). Das entscheidende Kriterium ist der mit der Sachverhaltsmitteilung verfolgte Zweck, der darin bestehen muss, sich zur Wahrnehmung der eigenen rechtlichen Belange der Hilfe des Anwalts zu bedienen. Den Schutz des § 356 StGB geniesst also nur das auf die berufliche Inanspruchnahme des Anwalts gerichtete Anvertrauen einer Rechtsangelegenheit, nicht aber ein anderweitig motiviertes Anvertrauen (6). Für den Begriff des Anvertrauens ist es deshalb weder erforderlich noch ausreichend, dass die Mitteilung des Mandanten ein Geheimnis i.S. des § 300 StGB zum Gegenstand hat (7). Unerheblich ist ferner, ob es im Anschluss an die Sachverhaltsschilderung zur Erteilung einer Vollmacht oder eines Klageauftrages, zur Anlegung von Handakten oder zur Berechnung von Gebühren gekommen ist (8)

---

1) RG JW 1937, 3304
2) RGSt 71, 115; JW 1937, 3304
3) Binding, Lb.II, S.581 Anm.3; Gnodtke S.20
4) Gnodtke S.20; Geppert S.109 f.
5) RGSt 49, 343; 62, 291; BGH Urt.v.15.11.1955 - 1 StR 39/55-, zitiert nach Kalsbach, Standesrecht, S.381
6) Gnodtke S.19; Wolf S.91; Roesen JW 1938, 650
7) Frank Anm.II/3; Werner, LK, Anm.III; Schönke-Schröder Anm.II/2
8) RGSt 62, 291; vgl. auch Gnodtke S.19/20

"Vermöge seiner amtlichen Eigenschaft" ist die Angelegenheit dem Rechtsanwalt anvertraut, wenn die Mitteilung im Hinblick auf seine berufliche Stellung als Anwalt erfolgt ist (1). "In amtlicher Eigenschaft" ist er immer, aber auch nur dann angegangen, wenn seine Eigenschaft als Anwalt den Auftraggeber bestimmt hat, sich mit der Rechtssache an ihn zu wenden. Eine darüber hinausgehende Bedeutung kommt dem Ausdruck "amtliche Eigenschaft", der nur aus der rechtsgeschichtlichen Entwicklung und der früheren Stellung der Anwaltschaft (2) verständlich ist, nicht zu. Wer beispielsweise einen Anwalt in dessen Kanzlei aufsucht und ihm eine Rechtsangelegenheit vorträgt, um seine Hilfe oder auch nur seinen juristischen Rat zu erhalten, befasst ihn in "amtlicher Eigenschaft". Gleichgültig ist dabei, aus welchem Beweggrund er gerade diesen Anwalt aufsucht. Dessen Mitwirkung kann nicht nur auf der Grundlage eines anwaltlichen Dienstvertrages, sondern auch auf Grund freundschaftlicher oder familiärer Beziehungen erbeten werden (3). Auch der befreundete Anwalt wird deswegen um seine Berufstätigkeit gebeten, weil er eben Rechtskundiger und Anwalt ist.

Mit der Feststellung, dass es unerheblich ist, weshalb sich der Klient gerade an diesen oder jenen Anwalt wendet, darf aber nicht die andere Frage verwechselt werden, ob der angegangene Anwalt nach dem Willen des Auftraggebers überhaupt "als Anwalt" tätig werden soll (4). Eine Absicht des Rechtsuchenden, sich ganz ausserhalb der Berufstätigkeit des Anwalts beraten zu lassen, muss aber wegen ihres Ausnahmecharakters klar erkennbar sein und kann nicht angenommen werden, wenn der Mandant den gesamten Sach- und Streitstand darstellt, insbesondere Mitteilungen macht, die ersichtlich nicht zur Kenntnis des Gegners gelangen sollen (5). Es gilt mithin der Grundsatz, dass der Anwalt von den Rechtsuchenden nur mit Rücksicht auf seine berufliche Stellung beansprucht wird, eine gegenteilige Absicht des Klienten deshalb deutlich zum Ausdruck gebracht werden muss.

---

1) RGSt 62, 292; Binding, Lb.II, S.580; Schönke-Schröder Anm.II/2; im Ergebnis ebenso RGSt 23, 68/9; Olshausen, 10.Aufl., Anm.2; Werner, LK, Anm.II; Geppert S.103
2) Näher hierzu Werner, LK, Anm.II
3) RGSt 62, 292/3; Niethammer S.437
4) RG JW 1937, 3304
5) In zivilrechtlichen Angelegenheiten z.B. Tatsachen, die Einreden oder Einwendungen des Gegners begründen.

III. Der Parteibegriff

Der Straftatbestand des § 356 StGB ist nur dann erfüllt, wenn der Anwalt in derselben ihm anvertrauten Rechtssache für beide Parteien tätig geworden ist. Es müssen also zwei Parteien vorhanden sein, denen der Anwalt seine Unterstützung gewährt hat. Nach fast einhelliger Rechtsauffassung versteht man unter Parteien die an der Rechtssache mit gegensätzlicher Interessenrichtung beteiligten Personen (1). Massgebend ist nicht der formelle Parteibegriff im Sinne der Verfahrensordnungen, der nur die Prozessparteien und die sonstigen am Verfahren förmlich Beteiligten umfasst. Der Begriff Partei ist vielmehr, ebenso wie das Merkmal der Sachidentität, im materiellen Sinne zu verstehen, und zwar als sachlich-rechtliche Gegnerschaft (2). Er umfasst sowohl den Verfahrens- wie den Interessengegner (3). Die an derselben Rechtssache Beteiligten müssen sich in Ansehung dieser Rechtssache als streitende Teile in einem rechtlich geordneten Verfahren denken lassen (4).

Dagegen vertritt Geppert (5) die Ansicht, der Interessengegensatz sei kein Bestandteil des Parteibegriffs. Die Definition der herrschenden Lehre sei unzutreffend, weil sonst die an einer rechtlich relevanten Angelegenheit beteiligten Personen in dem Falle, in dem ein Interessengegensatz nicht vorliegt, keine Parteien i.S.des § 356 StGB wären. Dieses Ergebnis entspreche aber nicht der Bedeutung des Parteibegriffs.

Der Meinung Gepperts kann auch hier nicht gefolgt werden. Er verkennt den inneren Zusammenhang, der zwischen den Begriffen "Partei" und "Interessengegensatz" besteht. Ohne die Annahme eines möglichen Interessenwiderstreits ist die Beteiligung an einer Rechtssache nicht denkbar; denn nur dann, wenn eine Person zu einer anderen bezüglich derselben Rechtssache eine entgegengesetzte Stellung einnehmen kann, lässt sich über die Begründetheit der von ihr behaupteten Rechtsfolge eine Entscheidung in einem rechtlich geordneten Verfahren treffen (6).

---

1) Maurach, BT, S. 679; Welzel S.447; Schönke-Schröder Anm. III/2; Dalcke Anm.4; RGSt 66, 320; 71, 115; JW 1932, 3620 mit Anm. von Alsberg.

2) RGSt 66, 320/1; 71, 115; BGHSt 7, 19; Schönke-Schröder a.a.O.; Friedlaender § 31 Anm.12; Neumeyer, VDBT IX, S.506 Anm.1; Ebner S.37; Gnodtke S.27.

3) Formale Prozessgegner sind stets Parteien i.S. des § 356 StGB; vgl. BGHSt 7, 261; Gnodtke S.27.

4) Binding, Lb.II, S.580; RG JW 1932, 3622; ähnlich auch Kalsbach, Standesrecht, S. 376; der es ebenfalls für ausreichend hält, dass sich die Mandanten in einem Prozessrechtsverhältnis gegenüberstehen können. A.A. Gnodtke S.27; Geppert S.51 Anm.43.

5) S.58 f., 85 = MDR 1959, 161

6) Nähere Begründung oben S.4 f.

In Strafsachen sind der Täter und der durch die Tat Verletzte auch dann Parteien i.S. des § 356 StGB, wenn der Verletzte weder Privat- oder Nebenklage erhoben noch eine Strafanzeige erstattet oder einen Strafantrag gestellt hat (1). Eine gegensätzliche Stellung zueinander nehmen auch der Angeklagte und der Belastungszeuge ein, gleichgültig, ob der Zeuge wahrheitsgemäss zum Beweisthema aussagt oder nicht (2) . Parteien des Konkursverfahrens sind Gläubiger und Gemeinschuldner, denn sie stehen sich in diesem besonderen Zwangsvollstreckungsverfahren als Personen mit entgegengesetzter Interessenrichtung gegenüber (3).

Umstritten ist die Frage, ob mehrere Deliktsbeteiligte, die einen gemeinschaftlichen Verteidiger haben, dann eine Parteistellung einnehmen, wenn sie im Strafverfahren widerstreitende Interessen verfolgen (4). Wie Schmidt-Leichner (5) in seiner Erwiderung gegen Geppert (6) zutreffend hervorhebt, liegt die Lösung des Problems nicht in der Auslegung des Tatbestandsmerkmals "dieselbe Rechtssache", sondern es handelt sich um die Frage, ob der Anwalt in solchen Fällen für zwei Parteien tätig wird. Beide Tatbestandsmerkmale dürfen nicht miteinander identifiziert oder als voneinander abhängig betrachtet werden. Diesen Fehler begeht jedoch Geppert (7), wenn er aus dem Vorliegen einer einheitlichen Rechtssache sofort auf die Verwirklichung des § 356 StGB schliesst, ohne vorher geprüft zu haben, ob der Anwalt auch beiden Parteien gedient hat (8). Mehrere Deliktsbeteiligte, die von demselben Anwalt verteidigt werden, haben unter sich nicht die Rolle von Partei und Gegenpartei i.S. des § 356 StGB. Bei Straftaten gegen den Staat oder gegen überstaatliche Gemeinschaftswerte (9) kommen in der Regel nur der Angeklagte auf der einen und der Staat auf der anderen Seite als Parteien in Betracht; ein Dritter nur dann, wenn die Tat auch seinen Interessenkreis berührt hat. Handelt

---

1) RGSt 49, 344; 66, 320; JW 1932, 3622; BGHSt 5, 285/6; vgl. auch BGH NJW 1953, 430, wo ein Fall der Vertretung des Verletzten gegen den noch unbekannten Täter gegeben ist.
2) BGHSt 5, 304
3) BGHSt 7, 19 mit näherer Begründung
4) Bejahend Geppert S. 79 f.= NJW 1958, 1959; Maurach, BT, S.679; Haferland S.79; verneinend Schmidt-Leichner NJW 1959, 133; Schönke-Schröder Anm. III/2; Schwarz-Dreher Anm.2 C; Kalsbach, Standesrecht, S.375; OLG Frankfurt NJW 1955, 880.
5) NJW 1959, 133
6) NJW 1958, 1959
7) NJW 1958, 1960 a.E.
8) Das ist mit der Selbständigkeit der Begriffe Rechtssache und Partei, die auch Geppert (S.85 = MDR 1959, 161) anerkennt, nicht zu vereinbaren.
9) Näher hierzu Maurach, BT, S.10.

es sich um Straftaten gegen Individualrechtsgüter (1), so haben nur der Angeklagte einerseits sowie der Verletzte und der Staat als Inhaber des Strafanspruchs andererseits eine Parteistellung im materiellen Sinn inne. Mehrere Angeklagte, mögen ihre Interessen im Strafverfahren noch so sehr gegeneinander gerichtet sein und mögen sie auch noch so sehr versuchen, sich auf Kosten des anderen zu entlasten, können nicht unter sich in Ansehung der von ihnen begangenen Tat Parteien sein. Sie sind zwar als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen der Straftat an derselben Rechtssache beteiligt; gegensätzlich Beteiligte sind sie aber nicht im Verhältnis zueinander, sondern nur im Verhältnis zum Staat und zum Verletzten. Die divergierenden Meinungen der Angeklagten über den Umfang ihrer Beteiligung an der gemeinsam begangenen Tat, das Mass ihres Verschuldens und die Strafbarkeit überhaupt werden weder in einem Verfahren behandelt, das sie s e l b s t gegeneinander in Gang gebracht haben, noch haben sie überhaupt die Möglichkeit, wegen dieser Interessengegensätze eine Entscheidung herbeizuführen, die zugunsten des einen oder anderen Deliktsbeteiligten ergeht. Gegenpartei jedes einzelnen Beteiligten kann also nur die durch die Straftat verletzte Person sein. Die Streitfrage ist deshalb in Übereinstimmung mit Schmidt-Leichner und gegen Geppert dahin zu entscheiden, dass die gemeinsame Verteidigung mehrerer Beschuldigter oder Angeklagter den Tatbestand des Parteiverrats nicht erfüllt (2). Unberührt bleiben ehrengerichtliche Massnahmen gegen den Anwalt wegen Verletzung der Treuepflicht nach § 45 Nr. 1 BRAO (3).

Auch in dem vom OLG München (4) entschiedenen Fall ist der Tatbestand des § 356 StGB nicht wegen fehlender Identität der Rechtssache, sondern deshalb zu verneinen, weil es an zwei Parteien fehlt. Wie Cüppers in der Urteilsanmerkung hervorhebt, ist der Bestohlene zwar hinsichtlich des zu seinem Nachteil begangenen Diebstahls der Verletzte und damit die andere Partei; er ist aber nicht die Gegenpartei in Ansehung der dem Täter in einer anderen Strafsache gewährten bedingten Strafaussetzung. Insoweit besteht zwischen beiden kein irgendwie geartetes Parteiverhältnis im Sinne des § 356 StGB. Für den Bestohlenen ist ohne jedes rechtliche Interesse, ob der Täter wegen einer früher gegen eine ganz andere Person begangenen Straftat noch eine Reststrafe verbüssen muss. Sein Interesse erschöpft sich in der Bestrafung des Täters wegen der zu seinem Nachteil begangenen neuen Straftat. Die beiden Mandanten sind innerhalb der dem Anwalt anver-

---

1) Vgl. Maurach, BT, S. 9 f.
2) Im Ergebnis ebenso BGH Urt. v. 16. 12. 1951 - 2 StR 198/51 - zitiert nach Kalsbach, Cüppers-Gedenkschrift, S. 251; OLG Frankfurt NJW 1955, 880; Kohlrausch-Lange, Anm. VI a. E.; Wolff S. 98
3) Schmidt-Leichner NJW 1959, 133; OLG Frankfurt NJW 1955, 880
4) HESt 2, 359 = NJW 1950, 239 mit Anm. von Cüppers

trauten Rechtssache nicht derart rechtlich beteiligt, dass sie sich wegen der bedingten Strafaussetzung und des Unterbleibens des Reststrafvollzuges als streitende Teile in einem Verfahren denken liessen (1).

Es ist ferner allgemein anerkannt, dass für das Vorhandensein einer zweiten Partei unerheblich ist, ob zwischen den Parteien bereits ein Streitpunkt hervorgetreten ist, ob sie einander kennen und von dem Widerstreit ihrer Interessen etwas wissen (2).

IV. Die Unterstützung der Mandanten

Zur Erfüllung des Tatbestandes ist weiter erforderlich, dass der Anwalt beiden Parteien "durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient". Dabei soll die Pflichtwidrigkeit hier ausser Betracht und einer gesonderten Darstellung vorbehalten bleiben (3).

Der Begriff Dienen umfasst jede berufliche Tätigkeit des Anwalts, durch die das Interesse des Auftraggebers gefördert werden soll (4). Das Dienen bedeutet stets ein Sicheinsetzen für die Interessen des Auftraggebers, nicht die Unterlassung einer pflichtmässig gebotenen Handlung (5). Kein Tätigwerden liegt deshalb in der blossen Entgegennahme der Aufträge zweier gegensätzlich Beteiligter (6), in der Nichtausübung prozessualer Rechte oder in der Nichtgeltendmachung von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln (7). Die Vernachlässigung der Parteibelange oder ihre unsachgemässe Wahrnehmung kann zwar dem Gegner nützen und stellt eine pflichtwidrige Unterlassung des Anwalts dar, die für ihn u.U. haftungs- und disziplinarrechtliche Folgen hat. Der Tatbestand des § 356 StGB ist jedoch nicht verwirklicht, weil der Anwalt für die Gegenpartei nicht tätig geworden ist. Die indirekte Förderung der fremden Sache ist lediglich eine Begleiterscheinung der Beistandsleistung zugunsten der eigenen Partei.

Die Unterstützung der Partei muss ferner in der Absicht erfolgen, die anvertrauten Interessen zu fördern, oder anders ausgedrückt: Die Beratung oder Beistandsleistung muss auf die Gestaltung der Sach- und Rechtslage abzielen (8).

---

1) Cüppers NJW 1950, 239; zust. Geppert S. 81 f. = NJW 1958, 1960; a. A. Kohlrausch-Lange Anm. II a. E.
2) RGSt 71, 115; JW 1932, 3622; Schönke-Schröder Anm. III/2; Gnodtke S. 27 f.
3) Siehe unten S. 20 ff.
4) BGHSt 5, 305 (mit weiteren Nachweisen); 7, 19
5) Roesen JW 1938, 650; Kalsbach, Standesrecht, S. 384; a. A. Oppenhoff Anm. 4; Friedlaender § 31 Anm. 25; Haferland S. 79 f.; Gnodtke S. 36; Geppert S. 115
6) Werner, LK, Anm. VI; a. A. Ebner S. 54
7) Kalsbach a. a. O.; a. A. Ebner S. 55; Haferland S. 80; Geppert S. 115
8) Kalsbach a. a. O.

Keine Förderung in diesem Sinne ist die blosse Entgegennahme einer Sachdarstellung (1) oder die abstrakte Erörterung von Rechtsfragen, die nicht im Hinblick auf eine konkrete, dem Anwalt anvertraute Rechtssache erfolgt (2). Ebensowenig genügt der Entwurf einer Klage oder dgl., weil der Schriftsatz, solange er dem Adressaten noch nicht zugegangen ist, nur eine vorbereitende Tätigkeit darstellt. Diesen vorbereitend-unverbindlichen Charakter verliert er auch dann nicht, wenn er ohne Wissen und Willen des Anwalts abgesandt worden und dem Adressaten zugegangen ist (3).

Nimmt der Anwalt in derselben Rechtssache nur eigene Interessen gegen den früheren Auftraggeber wahr, so sind die begrifflichen Voraussetzungen des Dienens gleichfalls nicht erfüllt (4). Da er nur persönliche Interessen verfolgt, befindet er sich nicht in der Rolle des der Gegenpartei dienenden Anwalts, sondern er tritt selbst als Gegenpartei auf.

Die Worte "Rat" und "Beistand" bezeichnen nur die Art des Dienens. Sie stammen aus dem früheren Württembergischen StGB (Art. 456) und beschreiben die beiden Hauptzweige der beruflichen Tätigkeit des Anwalts: der Rat die Auskunftserteilung, also die interne Beratung des Klienten durch den Anwalt, der Beistand die Wahrnehmung der Parteiinteressen nach aussen neben oder an Stelle des Auftraggebers, mithin die Unterstützung gegenüber Dritten (5).

V. Die Pflichtwidrigkeit

Als letztes Deliktsmerkmal des Parteiverrats ist der Begriff pflichtwidrig zu untersuchen, bei dem sich das wissenschaftliche Interesse in erster Linie auf die umstrittene dogmatische Struktur und die systematische Einordnung in den Verbrechensaufbau konzentriert. In dieser Streitfrage um das rechtliche Wesen der Pflichtwidrigkeit stehen sich, von Unterschieden in der Begründung abgesehen, drei Auffassungen gegenüber. Während das Reichsgericht, der Bundesgerichtshof, sowie ein Teil des Schrifttums in der Pflichtwidrigkeit ein Tatbestandsmerkmal sehen, sind einzelne Autoren der Meinung, es handle sich um ein mit der Rechtswidrigkeit

---

1) Friedlaender § 31 Anm.7 (mit weiteren Nachweisen in Fussnote 11)
2) Zu unterscheiden von einer allgemein gehaltenen Auskunft in einer bestimmten Rechtssache; vgl. RG JW 1929, 3169 unter Ziff.2
3) Kalsbach, Standesrecht, S. 384 mit weiteren Nachweisen
4) BGHSt 12, 98; vgl. auch Wolff S.122
5) BGHSt 7, 19; Roesen JW 1938, 650; vgl. auch § 3/I BRAO: "Der Rechtsanwalt ist... Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten".

synonymes allgemeines Verbrechensmerkmal. Vereinzelt wird sie auch als Rechtspflichtmerkmal aufgefasst. Der Feststellung, ob ein bestimmtes Deliktsmerkmal seinem Wesen nach Tatbestands-, Verbrechens- oder Rechtspflichtmerkmal ist, kommt wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen von Tatbestands- und Verbotsirrtum (1) eine auch für die Praxis grundlegende Bedeutung zu. Es ist deshalb unzutreffend, die Frage, ob die Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 356 StGB ein Tatbestands- oder ein allgemeines Verbrechensmerkmal ist, als "rein terminologischen Streit" zu bezeichnen (2). Aus der dogmatischen Funktion der Pflichtwidrigkeit ergeben sich vielmehr weitreichende Folgerungen sowohl für den materiellen Inhalt dieses Merkmals als auch für die Irrtumsfragen.

1. Das Wesen der Pflichtwidrigkeit

a) Blankettmerkmal

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung (3), wenn auch ohne nähere Begründung, die Auffassung vertreten, aus § 356 StGB könne noch nicht abschliessend entnommen werden, wann die Vertretung zweier Parteien durch den Anwalt in derselben Rechtssache pflichtwidrig ist. Dieses Merkmal empfange seine nähere Bestimmung und Ausfüllung erst aus dem anwaltlichen Standesrecht und verweise insoweit auf § 31 Nr. 2 RAO vom 1.7.1878 (RGBl. 1878 S. 177) (4). Nach dieser Vorschrift hat der Anwalt seine Berufstätigkeit zu versagen, wenn er sie in derselben Rechtssache bereits einer anderen Partei im entgegengesetzten Interesse gewährt hat. "Pflichtwidrig" sei deshalb nicht gleichbedeutend mit "rechtswidrig", sondern bedeute soviel wie "gegen die anwaltlichen Berufspflichten verstossend"(5).

Der Bundesgerichtshof hat in seinen ersten Entscheidungen zu § 356 StGB (6)

---

1) Vgl. unten S. 73 ff.
2) So Jescheck GA 1954, 323
3) RGSt 14, 379; 23, 67; 45, 307; 49, 343 f.; 60, 299; 62, 157, 295; 71, 254; 72, 139; JW 1929, 3169; zust. Frank Anm. II/2; Olshausen, 10. Aufl., Anm. 4 b; Neumeyer, VDBT IX, S. 507; Ebner S. 59; Gnodtke S. 38 f.
4) Später § 32 Abs. 1 Nr. 2 RAO i.d.F. vom 21.2.1936 (RGBl. I S. 107); § 37 Abs. 1 Nr. 2 RAO/BZ vom 10.3.1949 (VOBl. BZ 1949, S. 80); jetzt § 45 Nr. 2 BRAO vom 1.8.1959 (BGBl. I, S. 565)
5) RG JW 1929, 3169; zust. BGHSt 3, 402; AnwBl. 1954, 200; Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. Va. Wolff (S. 134 ff.) fasst die Pflichtwidrigkeit als Verstoss gegen die dem Mandanten geschuldete Treuepflicht auf; dagegen zutreffend Gnodtke S. 38.
6) BGHSt 3, 402; 4, 82; 5, 286 ff., 306, 311; 7, 263; AnwBl. 1954, 200; 1955, 70; zust. Schönke-Schröder Anm. III/3 b; Werner, LK, Anm. VII; Schwarz-Dreher Anm. 2 B; Schmidt-Leichner NJW 1953, 405

die Auffassung des Reichsgerichts zum Wesen der Pflichtwidrigkeit bestätigt und ebenfalls eine Art Blankettmerkmal angenommen, das durch die entsprechende Vorschrift des Standesrechts ausgefüllt werde. Die Pflichtwidrigkeit könne ihrem rechtlichen Wesen nach weder der Rechtswidrigkeit im Sinne des § 240 StGB gleichgestellt werden noch sei sie ein normatives Tatbestandsmerkmal des Parteiverrats (1). Mit dem Reichsgericht sei davon auszugehen, dass § 356 StGB zur Ausfüllung des Merkmals pflichtwidrig auf § 32 Abs. 1 Nr. 2 RAO verweise. Das Handeln "im entgegengesetzten Interesse" sei erst durch diese Vorschrift in den strafrechtlichen Parteiverratstatbestand hineingekommen.

Dieser Lehre vom Blankettcharakter der Pflichtwidrigkeit kann nicht gefolgt werden. § 356 StGB enthält keine ausdrückliche Verweisung auf das anwaltliche Standesrecht, insbesondere nicht auf den jetzt geltenden § 45 Nr. 2 BRAO. Aus dem Begriff pflichtwidrig ist nicht ersichtlich, dass er auf die Bestimmungen des Standesrechts Bezug nehmen will, zumal er kein gesetzestechnischer Ausdruck der BRAO ist. Schon wegen dieser mangelnden Erkennbarkeit der angeblichen Verweisung auf § 45 Nr. 2 BRAO ist die Blanketteigenschaft der Pflichtwidrigkeit zu verneinen.

Diesen Einwand, der die Form der Verweisung betrifft, versucht Warda (2) mit dem Hinweis zu entkräften, dass das Strafgesetz die ergänzenden Vorschriften nicht ausdrücklich zu bezeichnen brauche. Beim Parteiverrat habe der Bundesgerichtshof vielmehr eine konkludente Bezugnahme auf die Ausfüllungsnorm des § 45 Nr. 2 BRAO als zulässig anerkannt (3).

Ausser den formalen Bedenken sprechen aber auch gewichtige sachliche Argumente gegen die Blanketteigenschaft des Merkmals pflichtwidrig.
ERSTENS: Die Blankettform ist typischer Ausdruck derjenigen Strafbestimmungen, die nur ein äusserer Ordnungs-, kein innerer Kulturbestandteil unseres Rechts sind (4). Dies wird auch von Warda nicht verkannt, denn er weist darauf hin, dass bald der ständige zeitliche und örtliche Wechsel des Strafbedürfnisses, bald wechselhafte politische, kulturelle oder wirtschaftliche Gegebenheiten zur Blankettgesetzgebung führen (5). Die Strafvorschrift über den Parteiverrat gehört dagegen zum Kernbestand des Strafrechts und ist ein eigenständiges Delikt in unserer Kultur-und Sozialwelt, die auf absolute Integrität der Rechtspflegeorgane angelegt ist (6).

---

1) BGHSt 3, 402; 5, 287; AnwBl. 1954, 200
2) S. 13
3) Warda S. 14
4) Lange JZ 1956, 75
5) Warda S. 9
6) siehe Anm. 4

ZWEITENS: Die Ansicht, der Interessenkonflikt sei erst durch die einschlägige Standesvorschrift zum Tatbestandsmerkmal des strafrechtlichen Parteiverrats gemacht worden, führt letztlich zu dem unhaltbaren Ergebnis, dass § 356 StGB bis zum Jahre 1879 mangels blankettausfüllender Vorschrift unanwendbar gewesen sein müsste (1). Da dieRAO vom 1.7.1878 erst am 1.10.1879 in Kraft getreten ist, wäre der Interessengegensatz erst zu diesem Zeitpunkt in den Straftatbestand des § 356 StGB hineingekommen. Lehnt man dieses Ergebnis ab, so wäre der Tatbestand bis zum Inkrafttreten der RAO am 1.10.1879 zu weit gefasst gewesen. Es wäre dann jede anwaltliche Tätigkeit in derselben Rechtssache für beide Parteien mit Strafe bedroht gewesen, nicht nur das Dienen im entgegengesetzten, sondern auch im gemeinsamen, gleichgerichteten Interesse der Parteien.

DRITTENS: Das Reichsgericht und ihm folgend der Bundesgerichtshof haben das Verhältnis zwischen § 356 StGB und § 45 Nr.2 BRAO verkannt, als sie § 45 Nr. 2 BRAO als Ausfüllungsnorm des § 356 StGB betrachteten. Welzel (2) hat dieses Verhältnis zutreffend als das zwischen Strafgesetz und Verbotsnorm gekennzeichnet. § 356 StGB beschreibt erschöpfend das verbotene Verhalten. Es besteht darin, dass ein Rechtsanwalt "bei den ihm ... anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient". Die Verbotsmaterie des § 356 StGB deckt sich mit der standesrechtlichen Norm des § 45 Nr.2 BRAO. Nach dieser Vorschrift darf der Anwalt nicht tätig werden, "wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache bereits im entgegengesetzten Interesse beraten oder vertreten hat". Das Dienen "im entgegengesetzten Interesse" stellt kein dem § 356 StGB unbekanntes Merkmal dar, sondern ist nur ein anderer Ausdruck für "pflichtwidrig". Die Tatbestandsbeschreibung des § 45 Nr.2 BRAO stimmt deshalb mit der des § 356 StGB sachlich völlig überein. Der Unterschied besteht nur darin, dass § 356 StGB die Strafbestimmung, § 45 Nr.2 BRAO die in § 356 StGB immanent enthaltene Verbotsnorm ist (3) . § 356 StGB bestimmt: Wer beiden Parteien... dient, wird bestraft. § 45 Nr.2 BRAO verbietet: Der Rechtsanwalt darf nicht beiden Parteien... dienen. Mit Recht hat deshalb Binding (4) festgestellt: "Lange nach Erlass des StGB hat die RAO vom 1.7.1878 § 31 Nr.2 für einen Teil des Strafgesetzes in § 356 StGB (5) die Norm formuliert".

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass das Tätigwerden "im entgegengesetzten Interesse" seit Inkrafttreten des StGB zum Tatbestand des Parteiverrats gehört. Damit erledigt sich die angeblich blankettausfüllende Funktion des § 45 Nr.2 BRAO von selbst.

---

1) Welzel JZ 1954, 277; zust. Geppert S. 86 f = MDR 1959, 161
2) JZ 1954, 277; zust. Kalsbach, Cüppers-Gedenkschrift, S.249; Geppert S.86 = MDR 1959, 161
3) Welzel S.447; JZ 1954, 277
4) Binding, Lb.II, S.581
5) Nämlich für die Rechtsanwälte.

b) Allgemeines Verbrechensmerkmal (Synonymum für "Rechtswidrigkeit"):

Nach Welzel (1) sind die Begriffe "pflichtwidrig" und "rechtswidrig" synonym. Die Pflichtwidrigkeit sei nur eine Unterart der Rechtswidrigkeit, und zwar der Verstoss gegen eine Sonderpflicht des Täters. Wo dieser nur die allgemeine Pflicht habe, eine Rechtsgüterverletzung zu unterlassen, werde die Zuwiderhandlung als "Rechtswidrigkeit" bezeichnet. Habe der Täter dagegen die besondere Pflicht, für ein Rechtsgut zu sorgen, so spreche man bei deren Verletzung von "Pflichtwidrigkeit". § 356 StGB verwende diese Terminologie deshalb, weil der Anwalt die besondere Pflicht habe, für die Interessen seiner Auftraggeber zu sorgen. Die Pflichtwidrigkeit sei ein allgemeines Verbrechensmerkmal, dessen ausdrückliche Nennung in einem geschlossenen Tatbestand, wie ihn § 356 StGB darstelle, völlig überflüssig sei. § 356 StGB enthalte auch ohne das Merkmal pflichtwidrig eine erschöpfende sachlich-gegenständliche Beschreibung der Verbotsmaterie (2), denn der Interessengegensatz komme nicht erst in diesem Begriff zum Ausdruck, sondern sei bereits wesentliches Element der beiden Tatbestandsmerkmale "Rechtssache" und "Partei". Die Tathandlung des § 356 StGB gehe dahin, dass der Anwalt für beide gegensätzlich Beteiligte in derselben Rechtssache, d.h. gerade für die Angelegenheit tätig werde, in der sie im Interessengegensatz stehen. Ein solches doppelseitiges Verhalten erfülle den Tatbestand des § 356 StGB und sei -vorbehaltlich etwaiger Rechtfertigungsgründe- rechtswidrig (3).

Auch diese Auffassung vom Wesen der Pflichtwidrigkeit ist abzulehnen. Es soll zwar nicht die Notwendigkeit verkannt werden, dass sämtliche Deliktsmerkmale nach den Bedürfnissen des Strafrechts und unter Berücksichtigung der Schutzrichtung des konkreten Straftatbestandes auszulegen sind (4) . Andererseits hängt aber die Rechtsnatur eines Deliktsmerkmals nicht von der Stellung des Täters zu dem geschützten Rechtsgut ab, sondern sie wird allein bestimmt durch die Funktion, die dem betreffenden Merkmal im Rahmen des Straftatbestandes zukommt. Dient es nur dazu, den Widerspruch der Tatbestandsverwirklichung mit der Verbotsnorm zu bezeichnen, sohandelt es sich um ein allgemeines Verbrechensmerkmal. Die Bedeutung des gesetzlichen Begriffs erschöpft sich dann in der Charakte-

---

1) JZ 1954, 277; Lb.S. 248; zust. Kalsbach, Standesrecht, S.390; ders.Cüppers-Gedenkschrift, S.255; AnwBl.1954, 192; Geppert S.126, 141 = MDR 1960, 626; ebenso bereits Binding, Lb.II, S.579; Haferland S.82; RGSt 14, 379; 58, 249; Bindokat JZ 1953,750: " 'Pflichtwidrig' bringt die subjektive Reflexion der Rechtsnorm zum Ausdruck".

2) Welzel JZ 1954,276

3) Welzel a.a.O., S.277

4) Näher hierzu Maurach, AT, S.195; Schönke-Schröder § 2 Anm.VI/2a mit weiteren Nachweisen

risierung der Gesamthandlung des Täters, wie sie im jeweiligen Straftatbestand abschliessend beschrieben und typisiert ist (1). Der im Gesetz verwendete Ausdruck fügt in diesem Fall der Handlung kein weiteres strafbegründendes Merkmal hinzu, sondern besagt nur etwas Selbstverständliches: Dass die Verwirklichung des Tatbestandes rechtswidrig ist, sofern sie nicht durch einen Erlaubnissatz (Rechtfertigungsgrund) des geschriebenen oder des Gewohnheitsrechts gestattet ist (2). Das bedarf letztlich keiner Erwähnung im Strafgesetz und wird auch in der überwiegenden Mehrzahl der Strafgesetze nicht besonders hervorgehoben. Wird es dennoch erwähnt, so kommt dem keine andere Bedeutung zu als die eines Hinweises auf den für alle Verbrechenstatbestände geltenden Grundsatz, dass die Verwirklichung des Tatbestandes nicht immer rechtswidrig ist (3).
Bezieht sich dagegen der zur Charakterisierung verwendete Ausdruck nicht auf die tatbestandsmässige Gesamthandlung des Täters, sondern auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal, so handelt es sich auch bei ihm um ein Tatbestandsmerkmal (4). Der Gesetzesbegriff hat in diesem Fall die Aufgabe, einen gesetzlichen Tatumstand näher zu umschreiben. Er stellt somit ein tatbestandskonstitutives Merkmal dar, das die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens erst begründet.

Geht man bei der Analyse des Merkmals pflichtwidrig von diesen Grundsätzen aus, so ergibt sich, dass es ein Tatbestands- und kein Verbrechensmerkmal ist.

Zu Unrecht nimmt Welzel an, § 356 StGB beschreibe auch ohne die Einfügung des Begriffs pflichtwidrig in erschöpfender Weise das verbotene und mit Strafe bedrohte Verhalten. Die Tathandlung des Parteiverrats besteht nicht allein darin, dass der Anwalt beiden Parteien in derselben Rechtssache dient. Wäre das richtig, so würde er sich auch dann strafbar machen, wenn zwischen den an derselben Rechtssache beteiligten Personen, denen er seine berufliche Tätigkeit gewährt, kein Interessengegensatz besteht. Strafbar wäre z.B. die gemeinsame Beratung zweier Mandanten beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, obwohl die Beteiligten in dieser rechtlich bedeutsamen Angelegenheit nicht widerstreitende, sondern gleichgerichtete Interessen verfolgen (5). Die Unhaltbarkeit dieses Ergebnisses bedarf keiner näheren Begründung, denn es ist eine der wichtigsten Aufgaben des Rechtsanwalts, die Parteien bei der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen zu beraten (6).

---

1) Maurach, AT, S.231
2) BGHSt 2, 195; Welzel S.50
3) BGHSt 2, 195
4) Maurach, AT, S.231
5) Vgl. oben S.4 f. mit näherer Begründung
6) Sog. vorsorgende Rechtspflege; vgl. § 3 I, III BRAO; dazu Kalsbach, Standesrecht, S.93; ders. BRAO, § 3 Anm.1 Ziff.1/II

Zwar lehnt auch Welzel beim Fehlen gegensätzlicher Belange eine Strafbarkeit des Anwalts ab. Da er jedoch den aktuellen Interessenwiderstreit als wesentlichen Bestandteil des Rechtssache- und Parteibegriffs ansieht, muss beim Fehlen entgegengesetzter Interessen das Vorliegen dieser beiden Tatbestandsmerkmale verneint werden. Deren Sinngehalt wird dadurch in einer Weise eingeschränkt, die der Bedeutung der Begriffe Rechtssache und Partei nicht entspricht. Für beide Tatumstände ist ein möglicher Interessenkonflikt notwendig, aber auch ausreichend. Einerseits folgt aus der Beteiligung mehrerer Personen an derselben Rechtssache noch nicht das Vorhandensein eines bestimmten, aktuellen Widerstreits der Parteibelange; andererseits hängt das Vorhandensein einer Rechtsangelegenheit oder einer Partei nicht vom Bestehen eines Interessengegensatzes ab.

Wegen der Unmöglichkeit, die Konfliktssituation aus anderen Tatbestandsmerkmalen abzuleiten, bleibt es bei der Feststellung, dass nach der Eliminierung der Pflichtwidrigkeit aus dem objektiven Tatbestand des § 356 StGB die Vertretung gemeinsamer Interessen in derselben Rechtssache strafbar wäre. Rechtsprechung und Schrifttum sind jedoch mit Recht der Auffassung, dass nur das doppelseitige Verhalten des Anwalts innerhalb eines bestimmten Interessenkonflikts den Unrechtsgehalt des strafrechtlichen Parteiverrats ausmacht (1). Als strafwürdig und auch strafbar wird allein die Vertretung gegensätzlicher Interessen angesehen. Da der Interessenwiderstreit kein wesentliches Element der Tatbestandsmerkmale Rechtssache und Partei ist, kann er nur in dem Begriff pflichtwidrig enthalten sein. Für diese Ansicht spricht auch die standesrechtliche Vorschrift des § 45 Nr. 2 BRAO, die statt des Begriffs pflichtwidrig den Ausdruck "im entgegengesetzten Interesse" verwendet.

Die Pflichtwidrigkeit kennzeichnet daher nicht die tatbestandsmässige Gesamthandlung des Parteiverrats, sondern bezieht sich auf das Tatbestandsmerkmal "Dienen", das sie näher umschreibt und abgrenzt. Ohne ihre Hervorhebung wäre der Tatbestand zu weit gefasst, denn es würde jede berufliche Tätigkeit des Anwalts für beide Parteien in derselben Rechtssache mit Strafe bedroht sein. Das Merkmal pflichtwidrig schränkt den Tatbestand des § 356 StGB ein, indem es die Strafbarkeit an die Voraussetzung knüpft, dass sich die anwaltliche Tätigkeit gegen die Interessen des Erstmandanten richtet. Mit dem Wort "pflichtwidrig" wird folglich nicht auf das allgemeine Verbrechensmerkmal "rechtswidrig" hingewiesen, weil etwa stilistische Gründe die Hervorhebung im Gesetz empfohlen haben (2) oder weil dem Gesetzgeber ein Hinweis angemessen erschien, dass der Prüfung der Rechtswidrigkeit wegen der naheliegenden Möglichkeit von Rechtfertigungsgründen besonde-

---

1) Vgl. Welzel JZ 1954, 277; Bindokat JZ 1953, 750; Geppert S. 85 ff. = MDR 1959, 161

2) Die sprachliche Fassung des Gesetzestextes wäre auch ohne das Wort "pflichtwidrig" korrekt.

re Aufmerksamkeit zuzuwenden sei (1). Die Aufstellung des Merkmals pflichtwidrig ist vielmehr sachlich geboten, um den sonst zu weit gefassten Tatbestand auf die materiell strafwürdigen Handlungen des Anwalts zu beschränken. Aus der dogmatischen Funktion, die Tathandlung näher zu beschreiben, ergibt sich auch die Rechtsnatur der Pflichtwidrigkeit: Sie ist Tatbestandsmerkmal und nicht, wie Welzel annimmt, allgemeines Verbrechensmerkmal.

c) Rechtspflichtmerkmal:

In dem Streit um die rechtliche Natur der Pflichtwidrigkeit wird von Roxin (2) die Ansicht vertreten, es handle sich hierbei um ein typisches Rechtspflichtmerkmal. Der Begriff der sog. Rechtspflichtmerkmale ist von Welzel geprägt worden (3). Unter dieser Bezeichnung (4) versteht er eine Anzahl von Deliktsmerkmalen, die in einem mehr oder weniger grossen inneren Zusammenhang miteinander stehen und denen im Verbrechensaufbau eine Sonderstellung zukommen soll (5). Der Kreis der unrechtsindizierenden Merkmale sei nur bei den "geschlossenen" Tatbeständen abschliessend bestimmt (6). Dagegen werde bei Strafbestimmungen mit "speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen" die Rechtswidrigkeit noch nicht durch die Tatbestandsmässigkeit indiziert, sondern müsse erst durch ein zusätzliches richterliches Werturteil positiv festgestellt werden (7). Daraus folgert Welzel für die dogmatische Funktion und das Wesen der Rechtspflichtmerkmale: Sie dienen nicht der sachlich-gegenständlichen Beschreibung der Tathandlung oder des Tatobjekts, sondern begründen die Rechtspflicht des Täters (sein rechtliches Sollen oder Dürfen)(8). Sie seien deshalb als Bestandteile der Verbotsnorm spezielle Momente der Rechtswidrigkeit und keine Tatumstände im Sinne des § 59 Abs. 1 StGB.
Welzels Lehre von den Rechtspflichtmerkmalen ist in Literatur und Rechtsprechung

---

1) Rechtfertigungsgründe kommen beim Parteiverrat überhaupt nicht in Betracht; näher hierzu unten S. 100 ff.
2) Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, S. 136 f.
3) Zuerst in mehreren Abhandlungen in JZ 1952, 19, 133, 208
4) Neuerdings spricht Welzel von "besonderen Rechtswidrigkeitsmomenten" oder "speziellen Rechtswidrigkeitsmerkmalen" (Lb., S. 75; ZStW 67, 225), meint aber damit sachlich dasselbe.
5) Eingehende Darstellung bei Roxin, S. 3-11
6) Welzel S. 75; ders. Bild, S. 22; JZ 1952, 344; ebenso Maurach, AT, S. 230
7) Welzel S. 75; ders. Bild, S. 23
8) Welzel, Bild, S. 23; zust. Armin Kaufmann, Normentheorie, S. 101, 257, 286.

überwiegend abgelehnt worden (1). Im Rahmen dieser Arbeit ist es vorläufig entbehrlich, den Begriff der Rechtspflichtmerkmale als solchen kritisch zu untersuchen (2); denn die Aufgabe besteht nur darin, festzustellen, ob die Pflichtwidrigkeit gemäss § 356 StGB ein Rechtspflichtmerkmal im Sinne Welzels ist. Zu prüfen ist daher nur, ob der Begriff pflichtwidrig jene Eigenschaften aufweist, die das Wesen der Rechtspflichtmerkmale ausmachen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, so erübrigt sich eine theoretisch-grundsätzliche Stellungnahme zur rechtlichen Sonderbehandlung der Rechtspflichtmerkmale.

Welzel selbst erblickt in der Pflichtwidrigkeit kein Rechtswidrigkeitsmerkmal. In seinem Aufsatz "Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme" (3) kommt er zu dem Ergebnis, § 356 StGB beschreibe erschöpfend das verbotene Verhalten, so dass mit der Erfüllung des objektiven Tatbestandes auch die Rechtswidrigkeit indiziert sei. Der Begriff "pflichtwidrig" sei nur ein anderer Ausdruck für "rechtswidrig" (4). Da Welzel den Interessenkonflikt aus den Begriffen "Rechtssache" und "Partei" ableitet, ist es von seinem Standpunkt aus folgerichtig, § 356 StGB als geschlossenen Tatbestand zu betrachten.

Auch nach der hier vertretenen Auffassung erfüllt das Merkmal pflichtwidrig nicht die begrifflichen Voraussetzungen eines Rechtswidrigkeitsmerkmals. Es wurde dem Tatbestand des § 356 StGB eingefügt, um den für die Zwecke des Strafrechts zu weiten Begriff des Dienens einzuengen und zu begrenzen. Seine Funktion besteht in der sachlich-gegenständlichen Beschreibung der Tathandlung (5). Daraus folgt, dass die Pflichtwidrigkeit ein Tatbestandsmerkmal ist und nicht die Aufgabe hat, die Rechtspflicht des Anwalts zu begründen.

Roxin hat in seiner Untersuchung der Welzel'schen Rechtspflichtmerkmale einen abweichenden Begriff der Rechtswidrigkeitsmerkmale entwickelt. Ausgehend von der richtigen Erkenntnis, dass sie nicht lediglich die Rechtspflicht des Täters bestimmen, sondern auch die Beschaffenheit der Tathandlung und des Tatobjekts beschreiben (6) kennzeichnet er sie als "normative Elemente rechtlicher Art", die in Beziehung zur Rechtswidrigkeit stehen (7). Im Regelfall sei mit der Kenntnis eines Tatbestandsmerkmals, auch wenn es rechtlich-normativer Art ist, noch nicht

---

1) Umfassende Literaturübersicht bei Roxin S. 15 ff.; ablehnend ferner Maurach, AT, S. 383 f.; Mezger, StuB. AT, S. 188; Baumann, AT, S. 308, 334 f.; Kohlrausch-Lange § 59 Anm. V/3b; Hirsch S. 281 ff.; Kunert S. 67 ff.
2) Vgl. hierzu Roxin S. 53 ff.
3) JZ 1954, 276 ff.
4) JZ 1954, 277
5) Näher hierzu oben S. 26 f.
6) Roxin S. 58 ff. mit eingenender Begründung
7) Roxin S. 76

notwendig die Kenntnis der Rechtswidrigkeit verbunden (1). Die Erfassung der rechtlich-normativen Begriffe bedeute zwar einen Akt geistigen Verstehens, nicht aber die Erkenntnis der Rechtspflicht. Eine Ausnahme bilde jedoch die Mehrheit der von Welzel als "Rechtswidrigkeitsmomente" angesehenen Merkmale. Sie hätten eines gemeinsam, das sie vor gewöhnlichen Tatumständen (auch solchen rechtlich-normativer Art) auszeichne: Die Kenntnis eines solchen Merkmals bringe dem Täter entweder immer oder doch im Regelfall die formelle Rechtswidrigkeit seines Tuns mit logischer Notwendigkeit zum Bewusstsein, während sonst weder einzelne Tatumstände noch ihre Gesamtheit heit notwendig geeignet seien, dem Täter das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu vermitteln (2). Die Rechtspflichtmerkmale hätten deshalb ein "doppeltes Gesicht": Einerseits dienten sie der Tatbeschreibung, andererseits enthielten sie zugleich das Rechtswidrigkeitsurteil (3). Es handle sich um Merkmale, in denen beschreibende und unrechtsbestimmende, tatbestandliche und die rechtliche Bewertung der Gesamttat enthaltende Elemente eng ineinander verschlungen seien (4). Wenn man den Ausdruck "Rechtspflichtmerkmal", anders als Welzel, so verstehe, dass damit alle Merkmale gemeint sind, die dem Täter seine Rechtspflicht unmittelbar erkennen lassen, so sei die Benennung durchaus zutreffend. Roxin bezeichnet diese Merkmale daher, weil sie neben ihrer beschreibenden Funktion im Normalfall die sonst dem Rechtswidrigkeitsurteil vorbehaltene Gesamtbewertung der Tat in sich schliessen, als "gesamttatbewertende" oder "rechtswidrigkeitsumschliessende" Umstände und verwendet diese Begriffe gleichbedeutend mit "Rechtspflichtmerkmal" (5).

Wenn man die Rechtspflichtmerkmale in der von Roxin umschriebenen Bedeutung als eine von den Tatumständen im Sinne des § 59 Abs. 1 StGB prinzipiell unterscheidbare Gruppe auffasst, so erhebt sich die Frage, ob sie trotz dieser Unterschiede wegen mancher Gemeinsamkeiten noch zum Tatbestand zu rechnen oder wegen ihrer Andersartigkeit zur Rechtswidrigkeit zu zählen sind. Nach der überkommenen Lehre, die tatbeschreibende Merkmale zum Tatbestand rechnet, müssten die Rechtspflichtmerkmale, die sich insoweit nicht von den normativen Tatumständen unterscheiden (6), zum Tatbestand gehören (7). Zählt man sie dazu und lässt sie vom Vorsatz umfasst sein, so sind sie nach Roxin gegenüber allen anderen, selbst recht-

---

1) a. A. Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 169 f.; Sauer, Mezger-Festschrift, S. 119 Anm. 1; dagegen zutreffend Kunert S. 59 ff.
2) Roxin S. 81, 86
3) Roxin S. 82, 86
4) Roxin S. 82/83, 135
5) Roxin S. 81/82
6) Roxin S. 58 ff.
7) Vgl. Maurach, AT, S. 231

lich-normativen Tatumständen dadurch charakterisiert, dass ihre Kenntnis dem Täter in den meisten Fällen das Verbotene seines Tuns mit logischer Zwangsläufigkeit klar macht. Dieser Wesenszug der Rechtspflichtmerkmale, im Regelfall das rechtliche Unwerturteil über die Gesamttat in sich aufzunehmen, ist allerdings eine Eigenheit, die nach herrschender Lehre ihre Zugehörigkeit zur Rechtswidrigkeit begründen müsste (1).

Roxin beantwortet die oben gestellte Frage nun nicht in dem einen oder anderen, vorstehend aufgezeigten Sinn. Wegen des angeblichen Doppelcharakters der Rechtspflichtmerkmale vertritt er vielmehr eine vermittelnde Auffassung: Da es unmöglich sei, die alleinige Zugehörigkeit der Rechtspflichtmerkmale zum Tatbestand oder zur Rechtswidrigkeit nachzuweisen, könne die Wahrheit nur in der Mitte zwischen den bisher vertretenen Meinungen liegen (2). Vom Boden der herrschenden Schuldtheorie sei eine sachgerechte Lösung nur in der Weise möglich, dass man die Rechtspflichtmerkmale in ihre tatbeschreibenden und gesamttatbewertenden Bestandteile zerlege und die tatbestandlichen Elemente in den Tatbestand, die der Rechtswidrigkeit zugehörigen Umstände in die Rechtswidrigkeit einordne (3).

Diese Differenzierung führt Roxin am Beispiel der Pflichtwidrigkeit des Parteiverrats wie folgt durch (4): Die Kenntnis der Pflichtwidrigkeit bringe dem Täter die Rechtspflicht unmittelbar zum Bewusstsein. Die Bedeutung dieses Umstandes erschöpfe sich aber nicht in der Kennzeichnung der Rechtspflicht, denn er ziehe die sachlichen Merkmale, welche die Pflichtwidrigkeit begründen, mit in den Tatbestand hinein, habe also auch tatbeschreibenden Charakter. Die Umstände, bei denen Vorliegen es verboten sei, beiden Parteien zu dienen, seien in § 37 Abs. 1 Nr. 2 RAO/BZ (5) enthalten. Das in der standesrechtlichen Vorschrift enthaltene Merkmal des "entgegengesetzten Interesses" werde durch die Kennzeichnung als "pflichtwidrig" in § 356 StGB zum Bestandteil des Tatbestandes gemacht. Soweit das Merkmal pflichtwidrig den Interessengegensatz zum Ausdruck bringe, also tatbeschreibende Funktion habe, gehöre es zum Tatbestand, soweit es lediglich die Rechtspflicht kennzeichne, zur Rechtswidrigkeit.

Die Aufgliederung der Pflichtwidrigkeit in ein Tatbestands- und in ein Verbrechensmerkmal hat bereits der Bundesgerichtshof in seinen ersten Entscheidungen zu § 356 StGB vertreten (6). Roxin beruft sich nicht zu Unrecht auf diese Urteile,

---

1) siehe S. 29 Anm. 7
2) Roxin S. 135
3) Siehe Anmerkung 2
4) Roxin S. 136
5) Jetzt § 45 Nr. 2 BRAO
6) BGHSt 3, 400; 4, 80; zust. Busch, Mezger-Festschrift, S. 172 f. A. A. die später ergangenen Urteile des BGH; vgl. BGHSt 5, 288; 7, 20; 9, 346

denn die Formulierungen des Bundesgerichtshofs liegen unmittelbar auf der von ihm verfolgten Linie. So heisst es schon in der ersten zu dieser Frage ergangenen Entscheidung (1): "Die Pflichtwidrigkeit ist beim Parteiverrat Tatbestandsmerkmal, soweit in dem Hinweis auf die standesrechtliche Vorschrift, nach der der Anwalt beiden Parteien 'im entgegengesetzten Interesse' gedient haben muss, eine tatbestandsmässige Einschränkung liegt, im übrigen jedoch ... allgemeines Verbrechensmerkmal...". Die Wortfassung des Leitsatzes beruht auf dem in den Gründen ausgesprochenen Satz, "dass nichts im Wege steht, dem Irrtum über die Pflichtwidrigkeit teilweise das Wesen des Tatbestandsirrtums zuzuerkennen und ihn im übrigen in den Bereich des Verbotsirrtums zu verweisen" (2). In der Entscheidung des 2. Senats vom 16.12.1952 (3) heisst es: "Hiernach kann ein Rechtsanwalt, der sich bei voller Kenntnis der in § 356 StGB umschriebenen Tatbestandsmerkmale der Pflichtwidrigkeit seines Handelns nicht bewusst geworden ist, je nach der Sachlage im Tatbestandsirrtum oder im Verbotsirrtum gehandelt haben. Die Entscheidung hierüber hängt davon ab, ob er über ein Tatbestandsmerkmal der ausfüllenden Vorschrift geirrt oder trotz Kenntnis auch ihrer Merkmale das Verbotensein seines Handelns nicht erkannt hat".

Dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat sich Maurach (4) mit der Bemerkung angeschlossen, dass die Pflichtwidrigkeit des Handelns beim Parteiverrat je nach dem Bezugspunkt einmal als allgemeines Verbrechensmerkmal, dann aber auch als Tatbestandsmerkmal gelten müsse. Tatumstand seien die tatsächlichen Gegebenheiten, die zu einem entgegengesetzten Interesse der Parteien führen; dagegen sei die auf einer rechtlichen Verkennung der tatsächlichen Gegebenheiten begründete Pflichtwidrigkeit der anwaltlichen Tätigkeit allgemeines Verbrechensmerkmal oder (gleichbedeutend) Rechtspflichtmerkmal (5).

Zusammenfassend lässt sich folgendes feststellen: Maurach, Roxin und die angeführten BGH-Entscheidungen stimmen im Ergebnis darin überein, dass die Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 356 StGB neben tatbeschreibenden Umständen auch solche Elemente enthalte, die wesensmässig nicht mehr der Bestimmung und Begrenzung des Tatbestandes selbst dienen und die aus diesem Grunde dem allgemeinen Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit angehören.

Im Anschluss an Schmidt-Leichner (6) ist gegenüber den zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zunächst der Vorwurf zu erheben, dass sie für die

---

1) BGHSt 4, 80
2) BGHSt 4, 86
3) BGHSt 3, 400, 402/3
4) AT, S. 231
5) Maurach, AT, S. 384; ähnlich BT, S. 680
6) NJW 1953, 407, 472

Zweiteilung der Pflichtwidrigkeit in ein Tatbestands- und in ein Verbrechensmerkmal die Begründung schuldig geblieben sind. Es bleibt offen, in welchem Umfang das eine oder das andere der Fall sein soll. Wenn es in der Entscheidung des 4. Senats vom 20.11.1952 (1) heisst, es stehe nichts im Wege, dem Irrtum über die Pflichtwidrigkeit teilweise das Wesen des Tatbestandsirrtums zuzuerkennen und ihn im übrigen in den Bereich des Verbotsirrtums zu verweisen, so wird damit nur eine Behauptung aufgestellt, aber noch keine Begründung für die sachliche Notwendigkeit einer differenzierenden Behandlung der Pflichtwidrigkeit gegeben. Auch der Hinweis auf die Entscheidung BGHSt 3, 105 vermag die teilweise Zuordnung der Pflichtwidrigkeit zum Tatbestand u n d zur Rechtswidrigkeit nicht zu stützen. Der 1. Senat hatte sich in dieser Entscheidung mit der ganz anders gearteten Frage auseinanderzusetzen, wie die verschiedenen Fälle des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund zu behandeln sind (2).

Bei der nun folgenden Kritik wird vom Begriff der Rechtspflichtmerkmale im Sinne Roxins ausgegangen, mit dem die Ausführungen von Maurach (3) weitgehend übereinstimmen. Dabei ist das Merkmal pflichtwidrig daraufhin zu analysieren, ob es rechtswidrigkeitsumschliessende Elemente aufweist; denn nach der Definition Roxins unterscheiden sich die Rechtspflichtmerkmale gerade durch ihre gesamttatbewertende Funktion von den übrigen Tatbestandsmerkmalen rechtlich-normativer Art.

Maurach und Roxin heben zutreffend hervor, dass die Pflichtwidrigkeit tatbeschreibenden Charakter hat. Ihre Aufgabe besteht darin, die Tathandlung, nämlich das anwaltliche Dienen näher zu bestimmen und zu beschreiben. Sie gehört zum Tatbestand, weil sie die für den Unrechtsgehalt des Parteiverrats wesentliche Tätigkeit "im entgegengesetzten Interesse" zum Ausdruck bringt (4). Abzulehnen ist jedoch die Annahme, die Pflichtwidrigkeit diene ausserdem noch der Bewertung der Gesamttat als rechtswidrig, oder, mit den Worten Roxins (5) ausgedrückt, sie bringe dem Anwalt "mit logischer Notwendigkeit die formelle Rechtswidrigkeit seines Tuns zum Bewusstsein". Da sich der Begriff pflichtwidrig im Dienen "gegen die Interessen" des Auftraggebers erschöpft, ist nicht ersichtlich, welche weiteren Elemente er enthalten soll, die wesensmässig nun nicht mehr der Bestimmung und Umgrenzung der Tathandlung dienen, sondern das Rechtswidrigkeitsurteil über die konkrete tatbestandsmässige Handlung aussprechen. Es ist unmöglich, die Pflichtwidrigkeit in tatbestandliche und unrechtsbestimmende Bestandteile zu

---

1) BGHSt 4, 86
2) Näher hierzu Schmidt-Leichner NJW 1953, 407
3) AT, S. 231, 384
4) Vgl. oben S. 26 f.
5) Roxin S. 81

zerlegen, weil sie nur aus tatbeschreibenden Umständen besteht.

Mit der Annahme, die Pflichtwidrigkeit bringe dem Anwalt die Rechtspflicht zum Bewusstsein, erweist sich Roxin als Anhänger der Tatbestandslehre, die den normativen Tatumständen die Eigenschaft zuspricht, das Unrecht nicht bloss zu beschreiben, sondern die Rechtswidrigkeit der Gesamttat zu begründen (1). Durch die Einfügung rechtlich-normativer Begriffe in den Tatbestand wird aber die Frage der Rechtswidrigkeit der Handlung noch nicht erledigt; die Bewertung des Gesamtverhaltens bleibt offen. Ersetzt man den Begriff pflichtwidrig in § 356 StGB durch den gleichbedeutenden Ausdruck "im entgegengesetzten Interesse", so ist die Verbotsmaterie des Parteiverrats dahin umschrieben, dass ein Rechtsanwalt "bei den ihm anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand im entgegengesetzten Interesse dient". Die einzelnen zur Beschreibung des verbotenen Verhaltens verwendeten Begriffe sind nur Bestandteile der Verbotsmaterie. Für sich betrachtet zeigt die Tätigkeit des Anwalts "gegen die Interessen" des Auftraggebers die Normwidrigkeit der Handlung nicht mehr und nicht weniger an als die übrigen Merkmale des § 356 StGB. Das Verbotensein des Parteiverrats kommt weder allein noch überwiegend in dem doppelseitigen Verhalten des Anwalts zum Ausdruck. Da die Normwidrigkeit an ein gegensätzliches Dienen "in derselben Rechtssache" geknüpft ist, hat das Merkmal der Sachidentität denselben Anteil an der Kennzeichnung des verbotenen Verhaltens wie das Merkmal des gegensätzlichen Dienens. Angesichts der Gleichwertigkeit der Tatbestandsmerkmale bei der Beschreibung der Verbotsmaterie ist es willkürlich und sachlich unbegründet, wenn Roxin nur in der Pflichtwidrigkeit eine negative Bewertung der Gesamttat erblickt, die übrigen Merkmale von der Unrechtsbegründung der Gesamttat jedoch ausschliesst. Mit der überwiegenden Lehre ist daran festzuhalten, dass das Rechtswidrigkeitsurteil die Bewertung der tatbestandsmässigen Gesamttat darstellt, während die normativen Tatbestandsmerkmale zusammen mit den deskriptiven den Gegenstand dieses Gesamturteils bilden, aber nicht selbst zu ihm gehören (2). Die Rechtspflichtmerkmale haben daher keine selbständige Bedeutung; sie sind rechtlich-normative Tatumstände im Sinne des § 59 Abs. 1 StGB. Damit entfällt auch die Möglichkeit, das Merkmal pflichtwidrig in § 356 StGB als Rechtspflichtmerkmal aufzufassen.

---

1) Vgl. Schröder ZStW 65, 185; Lang-Hinrichsen JR 1952, 303; JZ 1953, 367; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein S. 168 f.; JZ 1954, 654; Nowakowski ZStW 65, 398; Baumann, AT, S. 311, 345

2) Mezger, StuB. AT, S. 188; NJW 1953, 5; Busch, Mezger-Festschrift, S. 170 f.; Schweikert S. 44; Kunert S. 61.

d) Tatbestandsmerkmal:

In den neueren Entscheidungen zu § 356 StGB hat der Bundesgerichtshof seine bisher vertretene Ansicht aufgegeben, das Merkmal pflichtwidrig erfahre seine inhaltliche Bestimmung erst durch die standesrechtliche Vorschrift des § 45 Nr.2 BRAO. Er sieht in dem Begriff pflichtwidrig jetzt ein normatives Tatbestandsmerkmal und begreift es als Dienen "im entgegengesetzten Interesse" (1). Die Aufgabe der früheren Begründung, der Interessenwiderstreit sei erst durch die standesrechtliche Vorschrift in den Tatbestand des § 356 StGB hineingekommen, trägt der rechtsgeschichtlichen und dogmatischen Kritik Rechnung, lässt aber die bisherige Auslegung der Pflichtwidrigkeit als Dienen "im entgegengesetzten Interesse" unberührt.

Demgegenüber vertreten Welzel (2) und Geppert (3) die Ansicht, der Interessengegensatz sei ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Parteiverrats (4). Während Welzel den Widerstreit der rechtlichen Belange aus dem Partei- und Rechtssachebegriff folgert (5), ergibt er sich für Geppert aus dem Spannungsverhältnis, das zwischen den an derselben Rechtssache beteiligten Personen besteht. Dass Welzel mit seiner Auslegung des Partei- und Rechtssachebegriffs die Bedeutung dieser Merkmale verkennt, wurde bereits dargelegt (6). Auch die Auffassung von Geppert ist nicht haltbar; Der für die Tatbestandserfüllung notwendige Interessengegensatz zwischen den Parteien ergebe sich aus dem Nebeneinanderstehen der Tatbestandsmerkmale "Partei" und "Rechtssache". Das Dienen gegenüber beiden Parteien bedeute ein Sicheinsetzen für die Interessen der Gegenpartei. Der Anwalt habe jedoch die Pflicht, seine Partei gegenüber dem Gegner zu vertreten, also in einer Kampfsituation eindeutig zugunsten eines Beteiligten tätig zu werden. Stehen zwei Parteien in derselben Rechtssache gegenüber, so sei man genötigt, zwischen den Beteiligten ein Spannungsverhältnis, eben den Interessenkonflikt, anzunehmen. Obwohl es Geppert ablehnt, den Interessengegensatz aus dem Partei- und Rechtssachebegriff abzuleiten, unterscheidet sich seine Auffassung in keiner Weise von derjenigen Welzels. Auch Geppert kommt nämlich zu dem Ergebnis, dass sich der Widerstreit der rechtlichen Belange aus der Beteiligung der Parteien an derselben Rechtssache ergebe. Die Unrichtigkeit dieser Meinung wurde bereits nachgewiesen, so dass auf diese Ausführungen verwiesen werden kann (7).

Die eigene Auffassung vom Wesen der Pflichtwidrigkeit und ihrer Funktion

---

1) BGHSt 7, 17(20); 9, 341(346); 12, 96(98); 15, 332(334); G. A. 1961, 205
2) JZ 1954, 277
3) Parteiverrat S. 87 = MDR 1959, 161
4) ebenso Kohlrausch-Lange Anm. III
5) Näher hierzu oben S. 24
6) Oben S. 26
7) Vgl. oben S. 4 f., 16, 26

im Straftatbestand des § 356 StGB wurde schon bei der Ablehnung der Lehre von der Pflichtwidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal entwickelt (1). Die Widerlegung der Welzel'schen These, "pflichtwidrig" sei ein gleichbedeutender Ausdruck für "rechtswidrig", hat es notwendig gemacht, die Funktion der Pflichtwidrigkeit eingehend zu untersuchen. Da in der kritischen Auseinandersetzung mit Welzel zwangsläufig der eigene Standpunkt zum Ausdruck kam, bedeutete dies die Vorwegnahme der eigenen Ansicht von der Rechtsnatur der Pflichtwidrigkeit. Die folgende Darstellung sieht deshalb davon ab, die an anderer Stelle bereits entwickelte Lösung nochmals vorzutragen, sondern beschränkt sich auf eine Zusammenfassung der bereits gewonnenen Erkenntnisse.

Mit den neueren Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (2) ist davon auszugehen, dass der Begriff pflichtwidrig ein rechtlich-normatives Tatbestandsmerkmal darstellt und diejenige anwaltliche Tätigkeit beschreibt, die im entgegengesetzten Interesse erfolgt. Hieraus ergibt sich zweierlei. Erstens: Der den Unrechtsgehalt des Parteiverrats begründende Interessengegensatz wird durch das Merkmal pflichtwidrig zum Ausdruck gebracht; er ist somit ein geschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 356 StGB. Zweitens: Der Begriff pflichtwidrig beschreibt nicht die Tatobjekte "Partei" und "Rechtssache", sondern die Tathandlung, nämlich die Art des anwaltlichen Dienens. Zur Tatbestandsverwirklichung genügt es nicht, dass zwischen den Parteien, denen der Anwalt in derselben Rechtssache seine Hilfe gewährt, ein konkreter gegenwärtiger Widerstreit der rechtlichen Belange besteht. Der Anwalt muss den Parteien vielmehr gegen ihre Interessen dienen, d.h. er muss in den Interessenkonflikt eingreifen und gerade innerhalb dieser Konfliktssituation tätig werden (2). Hierzu ist erforderlich, dass er den bestehenden Interessengegensatz aufrechterhält, ausnutzt oder verschärft (3). Der Anwalt dient daher dem entgegengesetzten Interesse, wenn er beim Zweitmandat mit seiner Tätigkeit eine Zielrichtung verfolgt, die der des Erstauftrages zuwiderläuft (4).

2. Inhalt und Umfang der Pflichtwidrigkeit

a) Der Interessengegensatz:

In Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, ob das Vorhandensein eines Interessengegensatzes zwischen den Parteien nach objektiven oder subjektiven Ge-

---

1) Vgl. oben S. 25 ff.
2) Vgl. oben S. 24 Anm. 1
3) Geppert S. 93 = MDR 1959, 163
4) Maurach, BT, S. 679 f.
5) Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. IVa

sichtspunkten zu bestimmen ist. Die entscheidende Frage lautet: Richtet sich der Interessenwiderstreit danach, wie er als Rechtsangelegenheit objektiv besteht oder wie die Beteiligten ihn subjektiv empfinden?

Nach der Entscheidung BGHSt 5, 301 ist der Begriff des Interesses im subjektiven Sinne zu verstehen (1). Massgebend sei nicht, welches Verhalten des Anwalts tatsächlich (objektiv) im Interesse der Partei liegt, sondern welche Ziele sie verfolgt wissen will. Zur Begründung führt der Bundesgerichtshof (2) aus, Sinn und Zweck des § 356 StGB bestünde darin, die Treue des Anwalts gegenüber seinem Auftraggeber zu gewährleisten. Ebenso wie die Treuepflicht durch den Willen des Mandanten begründet werde, könne sie durch dessen Willen auch begrenzt werden, indem er dem Anwalt nur die Wahrung eines beschränkten Interesses anvertraue. Der Umstand, dass für den Pflichtenkreis und folglich auch für die Treuepflicht des Anwalts Inhalt und Umfang des mit dem Auftrag entgegengebrachten Vertrauens massgebend seien, zwinge zu einer subjektiven Auffassung des Interessengegensatzes.

Diesen Grundsatz hat der 4. Senat jedoch nicht immer vertreten. Bereits früher hatte er ausgesprochen, entgegengesetzte Interessen bestünden auch bei einer "einverständlichen" Scheidung (3). In diesem Fall stellte er also nicht auf das von den Ehegatten gemeinsam verfolgte Ziel, die Scheidung der Ehe, ab, sondern auf den aus der Parteistellung im Scheidungsprozess resultierenden objektiven Interessengegensatz. Auch nach dem in BGHSt 5, 301 veröffentlichten Urteil blieb der 4. Senat nicht bei der Auffassung, der Interessenwiderstreit sei subjektiv zu bestimmen. In dem Urteil vom 2.12.1954 (4) führte er nämlich aus, für den Begriff des Interessengegensatzes sei entscheidend, welche Parteibelange sich aus den anvertrauten Rechtssachen ergeben.

Der 5. Senat (5) hat sich dagegen ausdrücklich auf den Standpunkt gestellt, es komme jedenfalls im Strafverfahren auf die wirkliche Interessenlage und nicht darauf an, wie der zu verteidigende Mandant seine strafrechtliche Schuld beurteile und welche Aussichten und Möglichkeiten er demgemäss im Strafverfah-

---

1) Ebenso Werner, LK, Anm. VII; Schönke-Schröder Anm. III/3b; Dalcke Anm. 5; Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. III b; Friedlaender § 31 Anm. 6; Gnodtke S. 39; vermittelnd Kohlrausch-Lange Anm. III, der im Strafrecht und Ehescheidungsrecht nur objektive Massstäbe gelten lässt.
2) BGHSt 5, 306 f.
3) BGHSt 4, 82
4) BGHSt 7, 17 (20)
5) BGHSt 5, 284 (287)

ren zu haben glaube (1).

Die Bestimmung des Interessengegensatzes nach subjektiven Merkmalen ist nur insofern richtig, als die Frage, ob ein Widerstreit der rechtlichen Belange besteht, nur unter Berücksichtigung des dem Anwalt erteilten Auftrages beantwortet werden kann (2). Da der Umfang des Mandats allein vom Willen des Auftraggebers abhängt (3), kann dieser den Kreis der anvertrauten Rechtsinteressen dadurch begrenzen, dass er aus dem gesamten Streitstoff einen bestimmten Tatsachenkomplex ausklammert. Der Inhalt des Auftrages und seine Ausrichtung auf die Wahrnehmung bestimmter rechtlicher Belange begrenzt im selben Masse auch den vorhandenen Interessengegensatz (4). Das anvertraute rechtliche Interesse und der damit gekennzeichnete Interessenwiderstreit kann also von vornherein, d.h. bei Erteilung des Auftrages beschränkt werden. Eine nachträgliche Begrenzung des Interessenkonflikts ist dagegen nicht möglich.

Im übrigen ist der Interessengegensatz jedoch nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Würde man das von den Parteien verfolgte Ziel ("subjektive Interesse") zugrunde legen, so müsste das Einverständnis des Erstmandanten mit der Vertretung der Gegenpartei den Interessenkonflikt beseitigen und die Strafbarkeit des Anwalts nach § 356 StGB ausschliessen. Die subjektive Auffassung läuft darauf hinaus, dass § 356 StGB lediglich die privatrechtliche Untreue des Anwalts gegenüber seinem Mandanten mit Strafe bedrohen würde. Wegen der Rechtserheblichkeit der Einwilligung wäre das geschützte Rechtsgut der Parteidisposition unterworfen. Mit dieser Annahme würde aber der strafrechtliche Parteiverrat seines Charakters als Rechtspflegedelikt entkleidet (5).

Welches Rechtsgut durch § 356 StGB geschützt wird, ist allerdings bestritten. Nach der einen Auffassung ist es das Treueverhältnis zwischen Anwalt und Auftraggeber (6), nach der anderen die Rechtspflege (7), die

---

1) Zust. OLG Hamm NJW 1955, 804; OLG Düsseldorf NJW 1959, 1050; Welzel S. 447; JZ 1954, 278 (insbes. Anm. 10); Kalsbach, Standesrecht, S. 387; AnwBl. 1954, 190; Geppert S. 99 f. = MDR 1959, 164 f.
2) Welzel JZ 1954, 278 Anm. 10.
3) Näher hierzu oben S. 5 f.
4) Vgl. RGSt 71, 234/5; 72, 140
5) Welzel JZ 1954, Anm. 10; Geppert S. 99 f. = MDR 1959, 164
6) So Neumeyer, VDBT IX, S. 504; Cüppers NJW 1950, 239; Nachweisungen über die ältere Literatur bei Neumeyer a. a. O. Anm. 3.
7) RGSt 71, 253 f.; JW 1929, 3169; BGH NJW 1953, 431 u. 1955, 800 (= BGHSt 7, 261); OLG Hamm NJW 1955, 803; OLG Düsseldorf NJW 1959, 1051; BayObLG NJW 1959, 2224; Welzel S. 447; JZ 1954, 278 Anm. 10; Binding Lb. II, S. 579; Kalsbach, Standesrecht, S. 347/8; ders. BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. Ic; Kohlrausch-Lange Anm. II; Ebner S. 21; Gnodtke S. 7 f; Wolff S. 128; Geppert S. 29 ff.; unklar Schönke-Schröder Anm. I, der Rechtspflege- u. Treupflichtverletzung gleichgesetzt.

der Anwalt als deren Organ schädigt, wenn er zur Gegenpartei überwechselt und dadurch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geradlinigkeit der anwaltlichen Interessenwahrnehmung erschüttert. Diese Streitfrage ist eindeutig im letzteren Sinne zu entscheiden. Als ein Sonderfall der Untreue kann der Parteiverrat deshalb nicht angesehen werden, weil § 266 StGB die Benachteiligung fremden Vermögens voraussetzt, während bei der Prävarikation die Zufügung eines Nachteils unter den sonstigen Voraussetzungen des § 356 Abs. 2 StGB einen Strafschärfungsgrund darstellt. Für die Verwirklichung des § 356 Abs. 1 StGB ist der Eintritt eines Vermögensschadens unerheblich. Eine Schädigung des Auftraggebers ist nur bei der Strafzumessung erschwerend zu berücksichtigen (1). Das Wesen des Parteiverrats besteht vielmehr darin, dass der Anwalt entgegen einer rechtlich beachtlichen Interessenrichtung seines Mandanten auch der Gegenpartei in derselben Rechtssache dient (2), oder anders ausgedrückt : in dem Missbrauch des Vertrauens des Klienten durch Überwechseln zum Gegner (3) . Daraus ist aber nicht der Schluss zu ziehen, § 356 StGB schütze das Vertrauen des Mandanten zum Anwalt und die berufliche Treuepflicht des Anwalts gegenüber seinem Auftraggeber; denn die Anerkennung von Treu- und Glauben als Schutzobjekt des Straftatbestandes würde die Bestrafung des blossen Vertragsbruches bedeuten. Vertragsverletzungen, die nicht den Tatbestand eines Vermögensdelikts erfüllen, lösen aber nach geltendem Recht nur eine privatrechtliche Haftung aus. Strafrechtliche Sanktionen sind an sie nicht geknüpft.

Geschütztes Rechtsgut des § 356 StGB ist daher das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Zuverlässigkeit der Rechtsbeistandsinstitution (4). Dieses Vertrauen wird erschüttert, wenn der Anwalt von der eingeschlagenen Linie der Interessenvertretung abweicht und durch die doppelseitige Tätigkeit zumindest den Anschein erweckt, sich gegen die Interessen des früheren Auftraggebers zu wenden. Als Organ der Rechtspflege hat er aber die öffentlichrechtliche Pflicht, sich einseitig für die anvertrauten Belange des Erstmandanten einzusetzen. Da das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geradlinigkeit der anwaltlichen Interessenwahrnehmung eine unerlässliche Voraussetzung für das Ansehen der Rechtspflege ist, muss die Rechtspflege selbst als Schutzobjekt des § 356 StGB angesehen werden (5).

Das Ergebnis der hier angestellten Untersuchung lässt sich wie folgt zusammenfassen: Das Vorliegen gleichlaufender oder entgegengesetzter Interessen ist danach zu bestimmen, wie sich die Interessenlage durch die anvertraute Rechtssache

---

1) RG JW 1929, 3169
2) Kohlrausch-Lange Anm. II.
3) Maurach, BT, S. 678; Gnodtke S. 6
4) RG JW 1929, 3169; Geppert S. 30 f.; ähnlich die oben S. 37 Anm. 7 zitierten Entscheidungen
5) Gnodtke S. 8; Sauer, BT, S. 520; Geppert, S. 30 f.

objektiv darstellt. Auf das, was die Parteien subjektiv als ihr Interesse ansehen, kommt es nicht an. Die Anwendung dieses Grundsatzes führt im einzelnen zu folgenden Ergebnissen: Offensichtlich ist das Bestehen eines Interessengegensatzes bei solchen Rechtsangelegenheiten, die bereits rechtshängig geworden sind. Dabei ist es unerheblich, ob die Parteien letztlich dasselbe Ziel verfolgen. Entscheidend ist allein, dass sie Prozessgegner sind und sei es auch nur deshalb, weil sie zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes auf die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens angewiesen sind. Das ist z.B. der Fall, wenn der Schadensersatzanspruch zwischen dem Schädiger und dem Verletzten unstreitig ist, die Versicherung aber erst dann für den Schaden aufkommen will, wenn das Verschulden des gegen Haftpflicht versicherten Schädigers durch Urteil festgestellt ist. Erhebt der Verletzte aus diesem Grunde Schadenersatzklage gegen den Schädiger, so besteht zwischen beiden trotz des Versicherungsschutzes des Beklagten nicht bloss ein "formaler", sondern ein materieller Interessengegensatz (1). Prozessgegner ist allein der Schädiger, den auch die Rechtsfolgen des Urteils treffen. Die Versicherung ist nur im Innenverhältnis dem Schädiger gegenüber verpflichtet, ihn von einer Inanspruchnahme durch den Verletzten freizustellen und den Schaden zu ersetzen.

Ein weiteres typisches Beispiel bildet ein Ehescheidungsverfahren, bei dem beide Ehegatten an der Scheidung der Ehe interessiert sind, sich auch bereits über die Schuldfrage, den zu zahlenden Unterhalt und die elterliche Gewalt über die Kinder geeinigt haben , aber nun, um geschieden zu werden, einen Scheidungsrechtsstreit durchführen müssen (2). Hier fehlt es nicht deshalb an einem Interessenkonflikt, weil beide Parteien dasselbe Ziel verfolgen. Das widerspricht bereits der prozessualen Rechtsstellung der Ehegatten, die sich als Kläger und Beklagte gegenüberstehen. Das Ehescheidungsverfahren gehört zur streitigen Gerichtsbarkeit; eine "einverständliche" Scheidung ist rechtlich nicht anerkannt.

Ein ähnlicher Sachverhalt liegt einer späteren Entscheidung des Bundesgerichtshofs (3) zugrunde. Im ersten Scheidungsprozess begehrte die Ehefrau Scheidung aus Verschulden des Mannes, der Ehemann Klageabweisung; im zweiten Rechtsstreit beantragte die Ehefrau wiederum Scheidung aus Verschulden des Mannes, der Ehemann Klageabweisung und im Wege der Widerklage Scheidung aus Verschulden der Frau. Beide Ehegatten verfolgten also dasselbe Endziel, nämlich die Scheidung der Ehe. Dennoch hatten sie in beiden Rechtsstreitigkeiten gegensätzliche Interessen, und zwar nicht nur in der Form (entgegengesetzte Parteistel-

---

1) BGHSt 7, 264
2) BGHSt 4, 80 ff.; 9, 341; 17, 305; unrichtig AG Ansbach NJW 1951, 207 mit zust. Anmerkung von Reichard.
3) BGHSt 9, 341, ff.

lung), sondern auch in der Sache. Beide Parteien hatten ein Interesse daran, dass die Ehe aus Verschulden des anderen Teils geschieden wird. Der Interessenwiderstreit wurde daher durch die entgegengesetzten Anträge und Prozessziele begründet.

Widerstreitende rechtliche Belange sind ferner gegeben, wenn ein Konkursgläubiger vollständige Befriedigung wegen seiner Ansprüche begehrt, während der Gemeinschuldner die Annahme eines Vergleichsvorschlages erstrebt, der einen teilweisen Verzicht der Konkursgläubiger auf ihre Forderungen vorsieht (1). Wie der Bundesgerichtshof zutreffend hervorhebt, kann es für das Vorliegen eines Interessenkonflikts nicht darauf ankommen, ob ein Vergleich deshalb im beiderseitigen Interesse der Parteien liegt, weil diese an dem Fortbestehen weiterer Geschäftsbeziehungen interessiert sind und ausserdem für den einen Konkursgläubiger kein besseres wirtschaftliches Ergebnis zu erreichen ist (2). Hinsichtlich der Konkursforderungen sind die Interessen gegeneinander gerichtet, denn der Gemeinschuldner will mit der Annahme des Vergleichsvorschlages einen Verzicht des Konkursgläubigers auf einen Teil der geltend gemachten Ansprüche erreichen. Der Anwalt darf sich nicht mit der Verfolgung der Interessen des Gläubigers begnügen, die seiner Ansicht nach vernünftigerweise vertretbar oder bestenfalls erreichbar sind. Damit würde er sich gegen die Verwirklichung eines weitergesteckten Zieles wenden, das sich aus der anvertrauten Rechtssache ergibt. Der Anwalt würde, statt einseitiger Vertreter seines Auftraggebers zu sein, sich zu seinem Richter machen. Bei einer solchen Auslegung des Interessengegensatzes wäre § 356 StGB ohne jede praktische Bedeutung (3).

Mit Recht hat das Reichsgericht (4) einen Interessengegensatz auch bejaht zwischen dem Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung betreibt, und einem Dritten, der gemäss § 771 ZPO Widerspruchsklage erhebt. Zwar hat der Gläubiger nur ein Recht auf Zwangsvollstreckung in das Eigentum des Schuldners. Der Interventionsprozess des wahren Eigentümers richtet sich aber gegen das formelle Vollstreckungsrecht des Gläubigers, das dieser durch die Pfändung erworben hat. Es soll nämlich festgestellt werden, dass dieses formelle Recht mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt. Während der Gläubiger durch die Zwangsvollstreckung Befriedigung wegen seiner Forderungen zu erlangen sucht, hat die Widerspruchsklage den Zweck, diesen Erfolg zu vereiteln. Der Begriff des Interesses ist daher nicht auf das "wohlverstandene" Interesse des Auftraggebers beschränkt, d.h. auf solche Belange, die der Anwalt für angemessen hält (5). Gleichlaufende Interessen sind nicht schon dann anzunehmen, wenn der Rechtsstreit objektiv überflüssig erscheint, wenn also dem einen Teil sein "wahres" Interesse gebietet, den Standpunkt der

---

1) BGHSt 7, 17 ff.
2) BGHSt 7, 20
3) BGHSt 7, 20 f.; vgl. auch RG JW 1929, 3169 a.E.
4) JW 1929, 1885 Nr. 15 mit Anmerkung von Friedlaender
5) Friedlaender JW 1929, 1885

Gegenpartei als richtig anzuerkennen. Diese Ansicht würde im vorliegenden Fall dazu führen, dass der Pfändungsgläubiger und der Widerspruchskläger ein gemeinsames Interesse an der Aufhebung der Pfändung hatten, sofern die Interventionsklage begründet ist.

Auch in Strafsachen ist eine Bestimmung des Interessengegensatzes nach objektiven Merkmalen geboten. Der 4. und 5. Senat des Bundesgerichtshofs kamen hier, wie bereits erwähnt (1), zu unterschiedlichen Ergebnissen (2). In beiden Fällen verteidigte der Anwalt einen Angeklagten, dessen Verurteilung wegen vorsätzlicher Falschaussage erforderlich war, um ein Wiederaufnahmeverfahren zugunsten eines Beteiligten durchführen zu können, den der Anwalt schon vorher vertreten hatte. Da der Angeklagte in dem früheren Verfahren zum Nachteil des Erstmandanten die Unwahrheit gesagt hatte, ist dieser im Strafverfahren gegen den Zeugen Verletzter im Sinne des § 61 Nr. 2 StPO (3). Während der Erstmandant eine Verurteilung des Zeugen erreichen will, um die Wiederaufnahme des früheren Verfahrens betreiben zu können (4), ist das Interesse des Zeugen auf Freisprechung von der Anklage gerichtet. Das Verteidigungsinteresse des Angeklagten wird nicht dadurch beseitigt, dass er von seiner strafrechtlichen Schuld überzeugt ist und deshalb eine Freisprechung nicht in Betracht zieht, sondern nur beantragt, möglichst milde bestraft zu werden (5).

b) Die Vertretung gemeinsamer Interessen und die Bedeutung der Einwilligung :

Theorie und Praxis stimmen darin überein, dass ein doppelseitiges Dienen des Anwalts in derselben Rechtssache den objektiven Tatbestand des § 356 StGB nicht erfüllt, wenn die Parteien gemeinschaftliche Interessen verfolgen. In den meisten Entscheidungen befriedigt aber die Begründung dieses zutreffenden Ergebnisses nicht. Die Praxis begnügt sich häufig mit allgemeinen Erwägungen über den Schutzzweck des § 356 StGB und wiederholt die vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze. Ob die Parteien in einer bestimmten Rechtssache gemeinsame Interessen wahrnehmen, hängt in vielen Fällen von der rechtlichen Wirkung des Einverständnisses ab, das der Erstmandant zur Vertretung der Gegenpartei erklärt. Beide Fragenkomplexe können deshalb nicht getrennt behandelt werden. Die Darstellung des Meinungsstandes hat ferner zu berücksichtigen, dass die Rechtslehre

---

1) Siehe oben S. 36 f.
2) BGHSt 5, 301 gegen BGHSt 5, 284
3) BGHSt 5, 286
4) Vgl. §§ 580 Nr. 1 ZPO, 359 Nr. 2 StPO
5) BGHSt 5, 286 (gegen BGHSt 5, 308/9); OLG Hamm NJW 1955, 804; weitere Beispiele in BGHSt 3, 400; NJW 1953, 430; G. A 1961, 204

zur Lösung der aufgeworfenen Probleme keine nennenswerten Beiträge geleistet hat. Die höchstrichterlichen Entscheidungen wiederum überzeugen mehr durch ihre das Rechtsgefühl befriedigenden Ergebnisse als durch eine dem Begriff pflichtwidrig entsprechende Begründung. Aus diesem Grunde ist es nicht möglich, die Auffassung der Rechtsprechung nach sachlichen Gesichtspunkten geordnet darzustellen. Die Kasuistik der Rechtsprechung macht es vielmehr notwendig, die einschlägigen Fälle der Reihe nach zu erörtern und erst bei der Kritik die massgeblichen Grundsätze herauszuarbeiten.

Mit der Frage, ob die gemeinsame Beratung beider Parteien durch denselben Anwalt als pflichtwidriges Dienen gemäss § 356 StGB strafbar ist, hat sich das Reichsgericht schon sehr früh auseinandergesetzt (1). In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Anwalt beide Parteien hinsichtlich eines zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrages beraten. Das Reichsgericht, das allerdings nur zur Anwendung des § 31 Nr. 2 RAO Stellung nimmt, führt hierzu aus, diese Vorschrift erfordere mehr als entgegengesetzte Interessen der Parteien. Entscheidend sei, dass der Anwalt der einen Partei im entgegengesetzten Interesse der anderen Partei gedient habe (2). Das sei der Fall der Prävarikation im Sinne des § 356 StGB, den auch § 31 Nr. 2 RAO im Auge habe. Die beratende Tätigkeit des Anwalts könne jedoch zwei Parteien, die an sich entgegengesetzte Interessen haben, auch im Interesse beider gewährt werden, so dass die Beratung der einen Partei nicht notwendig im entgegengesetzten Interesse der anderen erfolge. Diese Annahme sei dort berechtigt, wo zwei Parteien, die über Sinn und Bedeutung eines Vertrages uneinig sind, den Rat desselben Anwalts, dem sie beide vertrauen, einholen. Bei gegenteiliger Auffassung wäre eine zur Verhinderung und Beseitigung von Prozessen dienende Tätigkeit strafbar. Dagegen handle der Anwalt im entgegengesetzten Interesse, wenn er dem einen Vertragspartner zur Klageerhebung rate und anschliessend den Gegner über die Möglichkeiten der Verteidigung gegen die Klage berate.

Der Kernpunkt dieser Ausführungen, der Anwalt dürfe die Parteien bei der gütlichen Beilegung des Interessenkonflikts beraten, wird von späteren Reichsgerichtsentscheidungen wiederholt aufgegriffen. Genauer umschreibt das Reichsgericht die Voraussetzungen einer zulässigen Bemühung um einen Ausgleich in dem Urteil vom 23.6./7.7.1910 (3) . Der Anwalt hatte sich für den Schuldner um einen allgemeinen Zahlungsaufschub eingesetzt, während er von den Gläubigern beauftragt war, deren Ansprüche durch Pfändung und Zwangsvollstreckung zu befriedigen. Das Reichsgericht stellt hierzu fest, der Tatbestand des § 356 StGB kön-

---

1) RGSt 14, 364 ff.
2) RGSt 14, 379 f.; zust. RG JW 1929, 3169
3) RG JW 1911, 246 Nr. 26

ne auch dann verwirklicht sein, wenn die den Parteien gewidmete Tätigkeit in "loyaler" Weise auf die Ausgleichung der entgegengesetzten Interessen abziele. Mit Ausnahme besonderer Einzelfälle, die durch einen entsprechenden Inhalt des Auftrages oder eine gemeinsame Beauftragung gekennzeichnet seien, dürfe der Anwalt immer nur die Interessen des ursprünglichen Mandanten wahrnehmen (1). Zu dem Versuch eines gerechten Ausgleiches könne er nur schreiten, wenn er von beiden Parteien hierzu beauftragt sei oder wenn ihn der Erstmandant dazu ermächtige.

In einem ähnlichen Fall, in dem der Anwalt von seinem Mandanten mit der vergleichsweisen Erledigung einer Beleidigungssache beauftragt war, vertrat das Reichsgericht (2) einen wesentlich strengeren Standpunkt. Nach dem erfolglosen Verlauf der Vergleichsverhandlungen und nachdem der Mandant den Auftrag zurückgenommen hatte, erhob der Anwalt für die Gegenpartei Privatklage gegen den früheren Klienten. Nach Ansicht des Reichsgerichts (3) hat das Scheitern der Vergleichsverhandlungen und das Erlöschen des Auftragsverhältnisses den Anwalt noch nicht berechtigt, für die Gegenpartei tätig zu werden. Mit der Übernahme der Vergleichsbemühungen sei er verpflichtet gewesen, für die Gegenseite nicht gegen die Interessen seines ursprünglichen Auftraggebers zu unternehmen. Solange die beiderseitigen Interessen übereinstimmend dahin gingen, den Streit angemessen beizulegen, habe der Anwalt "möglicherweise" nicht gegen seine Pflicht verstossen. Er sei dann berechtigt gewesen, im Rahmen der Vergleichsverhandlungen auch die Gegenseite zu beraten, deren Anträge zu unterstützen und ihre Interessen zu vertreten. Nach dem Scheitern der Vergleichsverhandlungen sei aber der Umstand, dass der Anwalt bei den Vergleichsverhandlungen der einen Partei gedient hat, jeder beruflichen Tätigkeit entgegengestanden, die im einseitigen Interesse der Gegenpartei stattgefunden habe.

Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem gesamten Fragenkomplex enthält die Entscheidung vom 18.12.1928 (4), die zwar nicht ausdrücklich, so doch der Sache nach die restriktive Auffassung des soeben erörterten Urteils ablehnt.

Mit besonderer Sorgfalt wird das Problem behandelt, wo die unzulässige Vertretung entgegengesetzter Interessen aufhört und die dem Anwalt erlaubte Vermittlerrolle, d.h. die Vertretung gemeinsamer Interessen der Parteien beginnt.

---

1) Zust.RGSt 62, 292
2) RGSt 45, 305
3) RGSt 45, 308 f.
4) RG JW 1929, 3168 mit Anmerkung von Friedlaender, der sich den Ausführungen zum objektiven Tatbestand in vollem Umfang anschliesst.

In dem zu entscheidenden Fall war ein Kaufvertragsverhältnis streitig geworden. Der Anwalt nahm zunächst einseitig die Interessen des Verkäufers wahr und klärte diesen über alle einschlägigen Rechtsfragen auf, regte aber gleichzeitig eine gütliche Einigung an. Später vertrat er den Käufer, liess aber auch bei diesem durchblicken, dass er in erster Linie für eine gütliche Einigung sei. Nach wiederholter Rücksprache mit beiden Parteien kam schliesslich ein Vergleich zwischen den Parteien zustande. Unter Hinweis auf die früheren Entscheidungen (1) stellt das Reichsgericht (2) fest, es sei durchaus möglich, dass ein Anwalt zwei Parteien, die an sich entgegengesetzte Interessen haben, im Interesse beider Parteien berate, so dass die Unterstützung der einen Partei im Ergebnis nicht im entgegengesetzten Interesse der anderen erfolge. Dabei dürfe auch, um eine Einigung und vergleichsweise Erledigung der streitigen Angelegenheit zu erreichen, den Parteien zugemutet werden, im Laufe der Verhandlungen Ansprüche zugunsten des Gegners aufzugeben. Voraussetzung für eine solche erlaubte Tätigkeit sei aber, dass entweder beide Parteien übereinstimmend den Rat desselben Anwalts einholen oder dass die beiderseitigen Interessen auf eine angemessene Beilegung des Streits gerichtet sind und der Anwalt mit Zustimmung des ursprünglichen Auftraggebers die Gegenpartei berät, um den erstrebten Vergleich herbeizuführen. Nicht der Vergleichszweck allein, sondern nur das rechtzeitig eingeholte Einverständnis des früheren Mandanten mit der Beratung der Gegenpartei zum Zwecke der Vergleichsvermittlung könne die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens beseitigen, das, für sich betrachtet, ein Dienen im entgegengesetzten Interesse darstelle (3). Schliesslich erörtert das Reichsgericht (4) noch die Frage, ob durch die Einwilligung des Auftraggebers die ausgleichende Tätigkeit des Anwalts überhaupt gerechtfertigt werden könne. Dabei stellt es die These auf, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Berufstreue des Rechtsbeistandes könne seiner Natur nach jedenfalls dann nicht als verletzt oder gefährdet angesehen werden, wenn diejenigen, auf deren Vertrauen es ankomme, zum Ausdruck brächten, dass sie in der Vertretung der beiderseitigen Interessen keine Verletzung der Berufstreue erblickten; insoweit unterliege das Rechtsgut "in der Tat" der Parteiverfügung.

In späteren Entscheidungen (5) hält das Reichsgericht eine Überprüfung dieser Ansicht für erforderlich. Soweit es sich um den Fall handelt, dass der Anwalt zum Zwecke der Herbeiführung eines Vergleiches auf Wunsch des Erstmandanten auch die Interessen der Gegenpartei wahrnimmt, wird dem Einverständnis des frühe-

---

1) RGSt 14, 379 f.; 45, 308 f.; JW 19ss, 246 Nr. 26
2) JW 1929, 3169
3) RG JW 1929, 3170
4) Siehe Anm. 3
5) RGSt 71, 253; 72, 139 f.

ren Auftraggebers mit der Vertretung des Gegners keinerlei rechtliche Bedeutung beigemessen. Die Pflichtwidrigkeit werde durch die Einwilligung des Klienten deshalb nicht beseitigt, weil das Verbot doppelseitigen Dienens nicht lediglich zum Schutze der Partei, sondern in der Hauptsache im öffentlichen Interesse zur Wahrung der Reinheit des Anwaltsstandes bestehe. Die Vertretung entgegengesetzter Interessen sei würdelos und erwecke nach aussen hin einen Eindruck, der dem Ansehen des Anwaltsstandes als eines wichtigen Organs der Rechtspflege abträglich sein könnte(1).

Der Bundesgerichtshof hat sich der reichsgerichtlichen Rechtsprechung vorbehaltlos angeschlossen (2).

Das Ergebnis, zu dem die Praxis in Übereinstimmung mit dem Schrifttum (3) gelangt, ist zutreffend: Die Anwendung des § 356 StGB auf den Fall der Vergleichsberatung und -vermittlung widerspricht dem Gesetzeszweck, denn der Anwalt könnte dann eine seiner wichtigsten Aufgaben, die gütliche Beilegung eines Rechtsstreits, nicht erfüllen. Wie aber Geppert (4) andererseits mit Recht betont, vermag die Gefahr einer allzu grossen Beschränkung des anwaltlichen Wirkungskreises die hier zugelassene Ausnahme dogmatisch nicht zu begründen. Zweckmässigkeitserwägungen oder Rücksichten auf das allgemeine Rechtsempfinden dürfen nicht dazu führen, der Einwilligung des Klienten in bestimmten, nicht als strafwürdig angesehenen Fällen rechtfertigende Wirkung zuzuerkennen (5), sie aber im übrigen für unerheblich zu erklären. Erfüllt eine bestimmte Tätigkeit des Anwalts den Tatbestand des § 356 StGB, so kann sie nicht auf dem Umweg über Billigkeitserwägungen als straflos bezeichnet werden. Eine derartige Korrektur des Gesetzeswortlauts in Einzelfällen entbehrt der sachlichen Begründung und ist wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheit abzulehnen.

Die Straflosigkeit von Vergleichsverhandlungen des Anwalts mit beiden Parteien kann nicht damit begründet werden, dass durch die Einwilligung des Erstmandanten in die Vertretung der Gegenpartei die Pflichtwidrigkeit des Dienens oder die Rechtswidrigkeit der Gesamttat beseitigt werde.

---

1) RGSt 71, 253 f.
2) BGHSt 3, 401; 4, 83; 7, 21
3) Maurach, BT, S. 680; Mezger, StuB. BT, S. 294; Sauer, BT, S. 521; Werner, LK, Anm. VII (S. 728); Schönke-Schröder Anm. III/3b; Kohlrausch-Lange, Anm. III; Frank Anm. II/2; Olshausen, 10. Aufl., Anm. 4 b; Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. IV d
4) Geppert S. 91 f. = MDR 1959, 163
5) In Literatur und Rechtsprechung kommt nicht immer klar zum Ausdruck, ob die Einwilligung in den genannten Fällen tatbestandsvernichtende oder rechtfertigende Wirkung haben soll.

Die Einwilligung des ursprünglichen Auftraggebers hat zunächst keine tatbestandsvernichtende Wirkung, gleichgültig, ob der Mandant sein Einverständnis zur Vertretung der Gegenpartei nur mit Rücksicht auf beabsichtigte Vergleichsverhandlungen erklärt oder ob er ganz allgemein billigt, dass der Anwalt zum Gegner überwechselt und dessen entgegengesetzte Interessen in derselben Rechtssache vertritt. Die Einwilligung schliesst nur dort die Tatbestandsmässigkeit aus, wo das Handeln wider Willen zum gesetzlichen Tatbestand gehört (1). Nach allgemeiner Auffassung gehört das Handeln gegen den Willen des Rechtsträgers bzw. Angriffsobjekts nur dann zum gesetzlichen Tatbestand, wenn die Handlung in einer Drohung oder Gewaltanwendung besteht (2). Das trifft bei § 356 StGB offensichtlich nicht zu. Gegen die tatbestandsausschliessende Wirkung der Einwilligung spricht auch folgender Umstand: Knüpft man an das Einverständnis die Rechtsfolge der mangelnden Tatbestandsmässigkeit, so bedeutet dies nichts anderes als die Anerkennung eines subjektiven Interessenbegriffs. Ob der Anwalt im entgegengesetzten Interesse tätig wird, hängt dann allein von der subjektiven Auffassung des Erstmandanten ab. Durch sein Einverständnis würde er zum Ausdruck bringen, dass die beiderseitigen Interessen einander nicht zuwiderlaufen. Die Bestimmung des Interessenkonflikts nach subjektiven Merkmalen wurde aber bereits als unhaltbar abgelehnt (3).

Entgegen einer verbreiteten Ansicht (4) hat die Einwilligung des ursprünglichen Auftraggebers auch nicht die Bedeutung eines Rechtsfertigungsgrundes (5). Die rechtsfertigende Einwilligung setzt voraus, dass der Einwilligende alleiniger Träger des durch den Straftatbestand geschützten Rechtsgutes ist. Rechtfertigende Wirkung kann die Einwilligung also nur bei Angriffen gegen Individualrechtsgüter (6) haben, denn nur in diesen Fällen steht dem Verletzten die ausschliessliche Verfügungsbefugnis über das geschützte Rechtsgut zu (7). Wie bereits nachgewiesen (8), ist der Parteiverrat ein Angriff gegen die staatliche Rechtspflege und nicht

---

1) Maurach, AT, S.265; Schönke-Schröder Vorbem.III/7a vor § 51; vgl. auch Kohlrausch-Lange Vorbem.II/3a vor § 51; Welzel S.86
2) Vgl. Maurach, AT, S.265 f.; Kohlrausch-Lange a.a.O., jeweils mit weiteren Nachweisen.
3) Näher hierzu oben S.37 f.
4) Binding, Lb.II, S.582; Welzel S.448; Haferland S.83; Wolff S.119; Gnodtke S.44 f.; RG JW 1929, 3170
5) Wie hier Kalsbach, Standesrecht, S.385; Neumeyer, VDBT IX, S.506 Anm.3; Geppert S.127 f.; BGH in st.Rspr., Nachweise unten S.87 Anm.2
6) Vgl. hierzu Maurach, BT, S.9 f.
7) h.L.; vgl. Maurach, AT, S.264f; Welzel S.87; Schönke-Schröder Vorbem.III/7b vor § 51; Mezger, LK, Bem.10e/bb vor § 51; Kohlrausch-Lange Vorbemerk.II/3b vor § 51.
8) oben S.37 f.

gegen das konkrete Treueverhältnis, das zwischen Anwalt und Auftraggeber besteht. Die Integrität der Rechtspflege gehört aber als staatlicher Wert zu den Gütern der Allgemeinheit und ist somit der Verfügung des einzelnen Klienten entzogen.

Die Lehre vom Parteiverrat als Treubruchsdelikt mit der Folge der Beachtlichkeit der Einwilligung konnte nur deshalb entstehen, weil der Parteiverrat, obwohl er eine gegen die Allgemeinheit gerichtete Straftat ist, eines konkreten "privaten" Angriffsobjekts bedarf (1) . Der Tatbestand des § 356 StGB kann nur durch Begehung an einem bestimmten Objekt verwirklicht werden, das in Gestalt des Auftragsverhältnisses zwischen Anwalt und Klienten gegeben ist. Trotz dieser Angriffsrichtung entscheidet aber nicht die Einwilligung des Mandanten über die Rechtswidrigkeit der einzelnen Tat.

Als Ergebnis ist festzustellen, dass der Einwilligung des Mandanten keinerlei rechtliche Bedeutung zukommt; sie schliesst weder die Pflichtwidrigkeit des anwaltlichen Dienens noch die Rechtswidrigkeit der tatbestandsmässigen Handlung aus. Soweit Rechtsprechung und Rechtslehre generell oder in bestimmten Einzelfällen eine Ausnahme zugelassen haben, widerspricht dies den allgemein anerkannten Grundsätzen über die Rechtserheblichkeit der Einwilligung als Tatbestandsausschliessungs- bzw. Rechtfertigungsgrund (2).

Erweist sich somit die Begründung der h.L., insbesondere des Reichsgerichts, als dogmatisch fehlerhaft, so erhebt sich die Frage, wie das an sich billigenswerte Ergebnis anderweitig gerechtfertigt werden kann. Da sowohl die Einwilligung als auch andere Rechtfertigungsgründe ausscheiden, ergibt sich die Straflosigkeit der oben besprochenen Fälle nicht erst aus der mangelnden Rechtswidrigkeit der Handlung. Die Lösung des Problems ist bereits auf der Tatbestandsebene zu suchen. Bei der Analyse der Pflichtwidrigkeit muss sich herausstellen, weshalb Vergleichsbemühungen des Anwalts im Auftrag beider Parteien nicht tatbestandsmässig sind, Parteiverrat also wegen Fehlens eines objektiven Tatbestandsmerkmals nicht in Betracht kommt.

Als Ausgangspunkt mögen zwei für die Fragestellung typische Fälle dienen(3): Im Fall 1 verlangt A von B die Zahlung von 500.-DM, B bestreitet den Anspruch.

---

1) Vgl. Maurach, AT, S.264/5

2) Nicht folgerichtig vor allem Welzel; vgl. einerseits Lb., S.448: "Ein im Einverständnis mit beiden Parteien unternommenes Bemühen um einen Vergleich rechtfertigt"; andererseits Lb., S.87: "Wo öffentliche Interessen geschützt sind, ist die Einwilligung des individuell Betroffenen wirkungslos" und Lb., S.447: "Der Parteiverrat ist.... ein Rechtspflegedelikt".

3) Übernommen von Geppert S.92 = MDR 1959,163

Im Fall 2, dem derselbe Sachverhalt zugrunde liegt, begeben sich A und B, die sich auf jeden Fall gütlich einigen wollen, gemeinsam zu einem Anwalt, um diesen um Vermittlung eines beide Teile befriedigenden Vergleichs zu bitten.

Der Fall 1 enthält die typische Situation des Interessenkonflikts, der in den gegensätzlichen Rechtsfolgebehauptungen der Parteien zutage tritt: Während A 500.- DM verlangt, will B nicht zahlen. Demgegenüber wollen die Parteien im zweiten Fall primär eine vergleichsweise Erledigung ihrer Angelegenheit. Dabei wird zwar jeder darauf bedacht sein, einen ihm möglichst günstigen Vergleich abzuschliessen, damit seine Interessen gewahrt bleiben. Der insoweit bestehende Interessenkonflikt tritt aber hinter dem Willen, auf jeden Fall einen Vergleich abzuschliessen, zurück (1). Die Parteien wollen nicht um jeden Preis an ihren rechtlichen Belangen festhalten, sondern es überwiegt der Wille zum Nachgeben, wie es dem Wesen des Vergleichs entspricht (2). Daraus darf aber nun nicht geschlossen werden, durch das Einverständnis der Parteien mit der gütlichen Bereinigung des Rechtsstreits sei der an sich bestehende Interessengegensatz auch nach aussen hin erkennbar geschwunden (3). Der Interessenkonflikt besteht sowohl subjektiv, so wie ihn die Parteien empfinden, als auch objektiv weiter, denn er soll durch den Abschluss eines Vergleichs erst beseitigt werden. Entscheidend ist jedoch, dass die Parteien nicht mehr auf der vollständigen Durchsetzung ihrer widerstreitenden Belange bestehen. Diese sind insofern zurückgestellt, als sie dem Willen zum Vergleichsabschluss untergeordnet sind.

Den für die Lösung des Problems entscheidenden Gesichtspunkt hat das Reichsgericht bereits in seinem ersten Urteil herausgestellt, das sich mit einem Fall des doppelseitigen Dienens des Anwalts befasste. In der Entscheidung vom 5.10.1886 (4) heisst es nämlich, für die Pflichtwidrigkeit genüge nicht das blosse Vorhandensein entgegengesetzter Interessen; der Anwalt müsse vielmehr der einen Partei im entgegengesetzten Interesse der anderen gedient haben. Die anwaltliche Tätigkeit könne den beiden Auftraggebern, die widerstreitende Belange haben, im Interesse beider gewährt werden. In ähnlicher Weise führt das zuletzt besprochene Urteil (5) aus, es sei durchaus möglich, dass der Anwalt zwei Parteien, die an sich entgegengesetzte Interessen haben, im gemeinsamen Interesse beider Parteien berate, so dass die Beratung der einen Partei nicht im entgegengesetzten Interesse der anderen erfolge.

Genauer ausgedrückt bedeutet das: Nicht auf das Bestehen eines Interessenkonflikts kommt es letztlich an, sondern darauf, ob der Anwalt gerade innerhalb

---

1) Geppert a.a.O.
2) Vgl. § 779 BGB
3) So BGHSt 7, 21
4) RGSt 14, 364 (379)
5) RG JW 1929, 3169

dieser widerstreitenden Belange tätig wird. Die Pflichtwidrigkeit normiert nicht nur den Interessengegensatz, sondern bestimmt auch die Zielrichtung des anwaltlichen Dienens, das sich gegen die Interessen des früheren Auftraggebers wenden muss. Die Konfliktssituation ist nicht der einzige Inhalt der Pflichtwidrigkeit. Zwischen die Merkmale "Dienen" und "Interessengegensatz" ist die Zielrichtung der anwaltlichen Tätigkeit eingeschoben, die dem Auftrag des Erstmandanten zuwiderlaufen muss. Das ist der Fall, wenn der Anwalt den vorhandenen Interessengegensatz aufrechterhält oder verschärft. Von dieser theoretischen Grundlage aus lassen sich alle Zweifelsfragen und alle in der Praxis aufgetauchten Grenzfälle befriedigend lösen.

Erstens: Der Anwalt handelt nicht tatbestandsmässig, wenn er mehrere Mandanten, die unter sich widerstreitende Interessen haben, in einem Rechtsstreit vertritt, in dem sie auf Grund eines gemeinsamen Interesses eine Rechtsangelegenheit gegenüber einem Dritten austragen (1). Voraussetzung ist, dass die Parteien ihre Interessengegensätze zunächst unausgetragen lassen und die gemeinsamen rechtlichen Belange gegen den Dritten geltend machen. Streiten z.B. die Erben A und B wegen der Verteilung der zum Nachlass gehörenden Gegenstände (2), so darf sie der Anwalt dennoch gemeinschaftlich vertreten, wenn sie von dem Erbschaftsbesitzer C einen zur Erbmasse gehörigen Gegenstand herausverlangen. Die Tatbestandsmässigkeit ist aber nicht deshalb zu verneinen, weil sich die widerstreitenden Interessen der Auftraggeber ihrer Ansicht nach miteinander vereinbaren lassen und daher keine gegensätzlichen Belange vorhanden seien (3). Es mangelt vielmehr an einer Tätigkeit des Anwalts gegen die Interessen des einen oder anderen Erben. Die Vertretung gegenüber dem Erbschaftsbesitzer C greift in den zwischen ihnen bestehenden Konflikt nicht ein, denn sie entspricht dem Interesse jedes einzelnen Erben (4).

Zweitens: Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt, wenn der Anwalt beide Parteien auf Grund eines gemeinschaftlichen Auftrages über Sinn und Bedeutung eines streitig gewordenen Rechtsverhältnisses aufklärt (5). Die Parteien haben zwar entgegengesetzte Interessen, weil sie unterschiedliche Rechtsfolgen aus dem Vertrag herleiten. Diesen unvereinbaren Belangen dient der Anwalt aber solange nicht, als er den Vertrag nur auslegt und beide Parteien lediglich über Inhalt und Umfang der vertraglichen Regelung berät. Dadurch setzt er sich nicht für die einseitigen Interessen der Mandanten ein, sondern hält sich aus dem Interessenkonflikt heraus. Der Anwalt wendet sich jedoch gegen die rechtlichen Belange jedes Auf-

---

1) RGSt 71, 234/5; 72, 140; BGHSt 5, 307 f.; NJW 1955, 800 (=BGHSt 7, 261); G.A 1961, 204

2) Vgl. § 2047 BGB

3) So BGHSt 5, 307/8; zutr. dagegen BGH G.A 1961, 204

4) Im Ergebnis ebenso Geppert S. 93 f.= MDR 1959, 163

5) Vgl. den Sachverhalt in RGSt 14, 364

traggebers, wenn er mit der unparteiischen Auslegung des Vertrages eine gesonderte Beratung der Klienten verbindet, den einen Teil etwa über die Aussichten einer Klage unterrichtet und dem anderen Hinweise für die Geltendmachung von Einwendungen oder Einreden gibt. Es liegt dann der typische Fall des Dienens im entgegengesetzten Interesse vor.

Drittens: An der Verwirklichung des Merkmals pflichtwidrig fehlt es ferner, wenn der Anwalt von den Interessengegnern gemeinschaftlich beauftragt wird, die gegensätzlichen rechtlichen Belange durch Vermittlung eines der Billigkeit entsprechenden Vergleichs zu beseitigen. Die Parteien stellen den Interessengegensatz zugunsten des gemeinsamen Interesses an der Herbeiführung eines Vergleichs zurück (1). Der Anwalt wird daher nur im Hinblick auf das gemeinsame Interesse an der gütlichen Beilegung des Konflikts tätig. Sein Verhalten richtet sich nicht gegen die Einzelinteressen der Parteien, weil der zwischen ihnen bestehende Gegensatz durch die Vergleichsbemühungen und die endgültige Festlegung des Vergleichsinhalts weder aufrechterhalten noch verschärft wird. Für die rechtliche Beurteilung macht es keinen Unterschied, wenn sich die Parteien erst während des kontradiktorisch geführten Rechtsstreits zu Vergleichsverhandlungen entschliessen. Nimmt der Anwalt zunächst einseitig die Interessen seines Klienten wahr, so ist er dadurch nicht gehindert, sich später für einen Vergleich zwischen den Parteien einzusetzen, sofern sie eine vergleichsweise Erledigung des Rechtsstreits anstreben und den Anwalt mit der Vermittlung des Vergleichs beauftragen. Die Parteien stellen durch die Bekundung des Willens zur gütlichen Einigung ihre an sich entgegengesetzten Interessen zurück. Hält sich der Anwalt an den zuletzt erteilten Auftrag, der die Vermittlung eines Vergleichs zum Gegenstand hat, so liegt die hierfür erforderliche Tätigkeit ausserhalb der Konfliktssituation.

Viertens: Zweifelhaft und bestritten ist jedoch die Tatbestandsmässigkeit einer späteren Tätigkeit des Anwalts in derselben Rechtssache. Der Bundesgerichtshof (2) vertritt hierzu die Auffassung, dem Anwalt, der auftragsgemäss nicht Vertreter einseitiger Parteiinteressen, sondern unparteiischer Mittler der Vertragsteile ist, sei es nicht untersagt, später die eine der beiden Parteien ge gen die andere in derselben Angelegenheit zu vertreten. Auf die Frage, ob ein solches Verhalten standesrechtlich zu missbilligen ist, komme es für die strafrechtliche Beurteilung nicht an. Das Reichsgericht (3) war dagegen der Ansicht, der Anwalt dürfe nach dem Scheitern der Vergleichsverhandlungen, bei denen er beiden Parteien gedient hat, nicht mehr im einseitigen Interesse des Gegners tätig werden. Diese Auffassung verdient uneingeschränkte Zustimmung. Ihr Grundgedanke trifft auch

---

1) Geppert S. 94 = MDR 1959, 163
2) AnwBl. 1955, 69
3) RGSt 45, 309

auf die übrigen Fälle gemeinsamer Interessen der Parteien zu, so dass sich folgende Lösungen ergeben: Hat der Anwalt auf Grund eines gemeinschaftlich erteilten Auftrages beide Parteien beim Abschluss eines Vertrages beraten, so darf er später keinen der beiden Klienten vertreten, wenn aus dem Vertrag Streitigkeiten zwischen ihnen entstehen (1). Die berufliche Tätigkeit ist ferner zu versagen nach dem Scheitern von Vergleichsverhandlungen sowie bei einem Rechtsstreit, der seine Ursache in dem auftragsgemäss vermittelten Vergleich hat (2). Hat der Anwalt, ehe er sich um eine gütliche Einigung bemühte, bereits eine Partei vertreten, so darf er sich nach dem Scheitern der Vergleichsbemühungen wieder für deren Interessen einsetzen; dagegen ist es ihm untersagt, die Interessen der Gegenpartei wahrzunehmen (3). In den für pflichtwidrig angesehenen Fällen hat der Anwalt zunächst den gemeinsamen Interessen beider Parteien gedient, aus denen später jedoch entgegengesetzte rechtliche Belange entstanden. In diesen Konflikt greift der Anwalt ein, wenn er einseitig die Interessen e i n e s Mandanten unterstützt und sich damit gegen diejenigen Belange wendet, die er vorher auch für den anderen Auftraggeber vertreten hat.

B. DER SUBJEKTIVE TATBESTAND DES § 356 Abs. 1 StGB

Die Untersuchung erfolgt auf der Grundlage der finalen Handlungslehre, die den Vorsatz als ein Merkmal des subjektiven Tatbestandes betrachtet (4). Gegenüber anderen Handlungstheorien, die im Vorsatz auch oder nur ein Schuldmerkmal sehen (5) ergeben sich dadurch keine abweichenden Ergebnisse. Für den Vorsatzinhalt beim Parteiverrat kommt es nämlich auf die systematische Einordnung des Vorsatzes in den Verbrechensaufbau nicht an. Die heute im Vordergrund stehende Parallelwertungslehre (6) wird sowohl von Anhängern des überkommenen wie des finalen Handlungsbegriffes vertreten.

Nach einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung enthält der Vorsatz ein intellektuelles und ein voluntatives Element. Er besteht in dem W i s s e n

---

1) a. A. BGH AnwBl. 1955, 69; vgl. auch Friedlaender § 31 Anm. 6
2) Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. IVd
3) RGSt 45, 309
4) Vgl. Maurach, AT, S. 133, 183, 205; Welzel S. 59; Niese, Finalität, S. 11
5) Vgl. Mezger, StuB. AT, S. 164; ders. LK, § 59 Anm. II/7; Schönke-Schröder § 59 Anm. IV/4
6) Näher hierzu unten S. 56 ff.

und Wollen der Tatbestandsverwirklichung (1). Der Täter muss die Tat, wie sie sich nach dem äusseren Tatbestand darstellt, in seinen Willen aufnehmen (2). Diese Willensbeziehung des Täters zu seiner Tat ist von Bedeutung für die Unterscheidung von direktem und bedingtem Vorsatz (3). Beim Parteiverrat ist die willensmässige Seite des Vorsatzes unproblematisch. Der subjektive Tatbestand erfordert vorsätzliches Handeln schlechthin. Da eine bestimmt geartete Willensrichtung oder eine besondere, über den Vorsatz hinausgehende Absicht des Täters nicht verlangt wird, bleiben Motiv und Zweckrichtung der Tat ausser Betracht (4). Parteiverrat kann mit bedingtem und unbedingtem Vorsatz begangen werden, denn in der Regel sind beide Vorsatzarten gleichberechtigt (5). Weder der Wortlaut des § 356 Abs. 1 StGB noch andere sachliche Gründe zwingen dazu, den bedingten Vorsatz auszuschliessen (6).

Die intellektuelle Seite des Vorsatzes verlangt, dass der Täter bei der Begehung der strafbaren Handlung aktuelle Kenntnis von den Tatumständen des gesetzlichen Tatbestandes hat (7). Er muss sich die Tatbestandsmerkmale in ihren relevanten Eigenschaften vorstellen, und zwar, soweit sie zur Zeit seines Handelns vorliegen, als gegeben, soweit sie infolge seines Verhaltens erst verwirklicht werden, als hierdurch eintretend (8). In dieser Frage, wie weit sich das Wissen des Täters erstrecken muss, gehen die Meinungen auseinander. Welcher Art die Kenntnis der Tatumstände sein muss, ist ein in der Strafrechtsdogmatik umstrittenes Problem, das zwar in den letzten Jahren erheblich an Aktualität eingebüsst hat, für das Verständnis und die Lösung der Irrtumsprobleme jedoch von grundlegender Bedeutung ist. Von minder bedeutsamen Konzeptionen abgesehen, stehen sich zwei Auffassungen gegenüber, nämlich der naturalistische Vorsatzbegriff des Reichsgerichts und die jetzt vorherrschende Lehre von der Parallelwertung in der Laiensphäre. Wie sich im einzelnen zeigen wird, bestehen zwischen beiden Lehrmeinungenerhebliche Unterschiede in der Bestimmung des Parteiverratsvorsatzes.

---

1) Maurach, AT, S. 205, 208; Welzel a. a. O.; Mezger, StuB. AT, S. 162; ders. LK, § 59 Anm. II/8; Schönke-Schröder § 59 Anm. II/6; Kohlrausch-Lange § 59 Anm. III; Olshausen, 12. Aufl., Vorbem. 8 vor § 51; Schwarz-Dreher § 59 Anm. II A; RGSt 58, 249; 70, 258
2) Maurach, AT, S. 209
3) Schönke-Schröder § 59 Anm. II/6, IV
4) RGSt 58, 248; Schönke-Schröder Anm. IV; Geppert S. 131 = MDR 1960, 623; Haferland S. 83 f.
5) Maurach, AT, S. 214
6) Wolff, S. 122; a. A. Haferland S. 84
7) Vgl. § 59 Abs. 1 StGB
8) Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 65 f.

In die Darstellung wird ferner noch die Subsumtionstheorie v.Liszt's einbezogen. Diese Lehre ist zwar in Rechtsprechung und Schrifttum auf allgemeine Ablehnung gestossen. Ihre Behandlung ist aber deshalb geboten, weil sich bei der kritischen Betrachtung der Irrtumsrechtsprechung des Bundesgerichtshofs herausstellen wird, dass mit der Anerkennung des Subsumtionsirrtums als eines Verbotsirrtums die Forderung v.Liszt's, den Auslegungsirrtum nicht für unerheblich zu erklären, wenigstens teilweise verwirklicht wurde. Da die höchstrichterliche Judikatur der Gegenwart mit der Ansicht v.Liszt's im Ergebnis teilweise übereinstimmt, ist es gerechtfertigt, dessen an sich isoliert gebliebene Vorsatz- und Irrtumslehre insoweit zu erörtern, als sie für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung ist.

I. Der Vorsatz nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts

In Anwendung des von ihm vertretenen naturalistischen Vorsatzbegriffes stellte das Reichsgericht an den subjektiven Tatbestand äusserst geringe Anforderungen. Es verlangte nur die Kenntnis des Täters von den Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass er beiden Parteien in derselben Rechtssache pflichtwidrig gedient hat (1).

Für den Vorsatz bezüglich des Merkmals "dieselbe Rechtssache" wurde es als ausreichend angesehen, dass der Anwalt sämtliche Tatsachen kennt, die bei zutreffender rechtlicher Würdigung den Begriff derselben Rechtsangelegenheit erfüllen (2). Diese "zutreffende rechtliche Würdigung" brauchte der Täter nicht selbst vorzunehmen, sondern war allein Aufgabe des Gerichts. In einem gewissen sachlichen Widerspruch hierzu steht eine Entscheidung des Reichsgerichts (3), die für den Vorsatz das Bewusstsein des Täters verlangte, dass er in beiden Angelegenheiten im entgegengesetzten Interesse tätig wird. Für das Vorliegen des inneren Tatbestandes des § 356 StGB sei die Wiedererkennung des Gegenstandes des früheren Auftrages in dem neuen entscheidend (4). Die sachliche Abweichung von den übrigen Urteilen ist darin zu erblicken, dass die Wiedererkennung des früheren Auftrages mit der sonst für ausreichend erklärten Tatsachenkenntnis nicht identisch ist. Das Wiedererkennen der Rechtssache erfordert mehr als blosse Tatsachenkenntnis; es setzt eine Prüfung des rechtlichen Umfangs der beiden Aufträge voraus, die den Anwalt zu der Überzeugung gelangen lässt, beiden Aufträgen liege

---

1) RGSt 62,295; 71,237
2) RGSt 58,248; 62,157 f.; 71,237; JW 1929 3170; zust.Frank Anm.III; v.Hippel, Lb.,S.318; Niethammer,S.437; Gnodtke S.46
3) RGSt 60,301
4) RGSt 60,300

derselben Sach- und Streitstoff zugrunde. Neben die Tatsachenkenntnis tritt also noch die Tatsachenbeurteilung.

Uneinheitlich war die Rechtsprechung des Reichsgerichts auch zum Vorsatz bezüglich der Pflichtwidrigkeit des Handelns. In der Mehrzahl der Entscheidungen heisst es, dem Täter müsse nach der inneren Tatseite das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit nachgewiesen werden (1) . Die Bestimmung des Vorsatzinhalts erfolge ebenso wie bei den sonstigen Tatbestandsmerkmalen des § 356 StGB. Demgemäss wurde der Vorsatz bejaht, wenn der Anwalt von den Tatsachen Kenntnis hatte, die den Interessengegensatz begründeten (2). Habe der Anwalt bei der späteren Tätigkeit gewusst, dass er früher die Interessen der Gegenpartei wahrgenommen habe, oder habe er erkannt, dass er die Belange des einen Auftraggebers mit Rücksicht auf die des anderen nicht sachgemäss vertreten könne, so sei er sich der Pflichtwidrigkeit seines Handelns bewusst (3). Dagegen wurde in einer älteren Entscheidung (4) ausgesprochen, § 356 StGB verlange nicht den Vorsatz, beiden Parteien im entgegengesetzten Interesse zu dienen, sondern nur Vorsätzlichkeit der Handlung mit dem Bewusstsein derjenigen Tatsachen, in denen sich das Merkmal pflichtwidriger Unterstützung beider Teile verkörpert.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Reichsgericht bei der Ermittlung des Prävatikationsvorsatzes mit seiner bekannten Unterscheidung zwischen den "Tatsachen",die dem jeweiligen Tatbestandsmerkmal zugrunde liegen, und den rechtlichen "Schlussfolgerungen" aus ihnen gearbeitet hat. Der Vorsatz wurde auf die Kenntnis der Tatsachen beschränkt, die den Tatumständen im Sinne des § 59 Abs.1 StGB gleichgesetzt wurden .

Am Tatbestand des Parteiverrats zeigt sich mit besonderer Deutlichkeit, wie verfehlt die Unterscheidung zwischen der "Tatsachengrundlage" und den rechtlichen "Schlussfolgerungen" aus ihnen ist. Wenn sich beim Begriff derselben Rechtssache die Frage erhebt, ob zwei Tatsachenkomplexe in einer bestimmten Beziehung identisch sind, d.h. ob diese Beziehung beiden Angelegenheiten gemeinsam ist, so genügt zu ihrer Beantwortung nicht allein die Kenntnis der Tatsachen, sondern es ist ein geistiger Akt notwendig, der die Tatsachen miteinander vergleicht und dabei die Selbigkeit der darin enthaltenen Beziehungen feststellt . Nur durch diese Schlussfolgerung, nicht durch blosse Tatsachenkenntnis kommt dem Anwalt die

---

1) RGSt 58,249; 71,254; 72,141; zust.Frank, Anm.III
2) RGSt 58,249; 62,158; DJZ 1929 Sp.104; JW 1937,2964 Nr.5; zust. v.Hippel, Lb.,S.318; Schwarz Anm.3
3) RG JW 1926,1570 Nr.1 mit Anmerkung von Alsberg; RGSt 72,14 1/2
4) RG JW 1911,246 Nr.26
5) So ausdrücklich RGSt 40,205
6) Welzel JZ 1954,278

Identität der beiden Sachverhalte zum Bewusstsein. Da sich der Vorsatz auf die Einheitlichkeit der Rechtssache beziehen muss, ist es, wie Welzel mit Recht betont, schlechthin contra legem, sich mit der Kenntnis der die Sachidentität ausmachenden Tatsachen zu begnügen. Dieselben Bedenken sind gegen die reichsgerichtliche Rechtsprechung zum Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit zu erheben. Auch hier bedeutet es nichts anderes als eine Vorsatzfiktion, wenn man von der Kenntnis der den Interessenwiderstreit begründenden Tatsachen auf den Vorsatz des Anwalts schliesst. Ohne Vergleichung und Beurteilung der mit den beiden Aufträgen anvertrauten Tatsachenkomplexe vermag der Anwalt nicht zu erkennen, ob die Interessen der Beteiligten gegeneinander gerichtet sind. Die Auffassung des Reichsgerichts zum subjektiven Tatbestand des Parteiverrats ist daher abzulehnen. Der naturalistische, auf blosse Tatsachenkenntnis beschränkte Vorsatzbegriff ist nicht in der Lage, die für den Vorsatz unentbehrliche Bedeutungskenntnis zu erfassen.

II. Die Subsumtionstheorie v.Liszt's

Nach v.Liszt (1) gehört zum Vorsatz nicht nur die Kenntnis der Tatumstände, sondern auch das Wissen, dass die Tatumstände zu einem gesetzlichen Tatbestand gehören, mithin die Begriffsmerkmale des Straftatbestandes erfüllen. "Der Vorsatz erfordert die richtige Subsumtion der Tatsachen unter das Gesetz" (2). Der Täter muss also die Bedeutungskenntnis in vollem Umfange besitzen, d.h. er muss die begangene Straftat so unter das Gesetz und seine einzelnen Begriffsmerkmale subsumieren, wie sie später der Richter unter den gesetzlichen Straftatbestand subsumiert.

Auf der Grundlage dieses Vorsatzbegriffs hat v.Liszt seine Lehre vom strafrechtlich relevanten Subsumtionsirrtum entwickelt. Der Vorsatz werde durch den Subsumtionsirrtum, d.h. durch die irrtümliche Nichtannahme eines Tatbestandsmerkmals, ausgeschlossen. Ob das Unterbleiben der Subsumtion der Tat unter das Gesetz auf einer unrichtigen Beurteilung der Tatsachen oder auf der irrtümlichen Auslegung der auf diese anzuwendenden Rechtssätze beruht, sei für die rechtliche Tragweise des Irrtums ohne Bedeutung (3).

Auf den Parteiverrat angewendet, hat die v.Liszt'sche Subsumtionstheorie zur Folge: Der Anwalt handelt nur dann vorsätzlich, wenn er die für die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes erforderlichen Tatsachen kennt und ausser-

---

1) Lb., S.167/8; a.A. v.Liszt-Schmidt, Lb., S.238 Anm.3, 240 Anm.7
2) v.Liszt, Lb., S.168
3) v.Liszt, Lb., S.169

dem von diesen Tatsachen auf das Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale schliesst. Subsumiert er den ihm bekannten Tatsachenstoff nicht unter die Begriffe des § 356 StGB, weil er die rechtliche Bedeutung eines Tatumstandes verkennt, so befindet er sich in einem den Vorsatz gemäss § 59 Abs. 1 StGB ausschliessenden Subsumtionsirrtum.

Die Lehre v. Liszt's, die für den Vorsatz die förmliche, rechtlich zutreffende Unterordnung der Tatsachen unter die Begriffe des Strafgesetzes verlangt, wurde in Literatur (1) und Rechtsprechung (2) einhellig abgelehnt. Es wurde mit Recht eingewandt, dass die Subsumtion des Sachverhalts unter die Begriffsmerkmale des gesetzlichen Tatbestandes eine spezifisch juristische Tätigkeit ist. Wollte man sie auch vom Täter verlangen, so würde dies eine Beschränkung der vorsätzlichen Straftaten auf Juristen und rechtskundige Laien bedeuten (3). Dieses Argument hat bezüglich des Parteiverrats allerdings nur wenig Überzeugungskraft, denn der Tatbestand kann ohnehin nur von einem juristisch vorgebildeten Täter verwirklicht werden. Richtiger ist es deshalb, auf den weiteren Gesichtspunkt abzustellen, der sich aus der Subsumtion als einer spezifisch juristischen Tätigkeit ergibt. Die Subsumtion ist allein Aufgabe des Richters, der nach der Tatbegehung zu entscheiden hat, ob der festgestellte Sachverhalt unter das Gesetz fällt (4). Ausserdem ist nach § 59 Abs. 1 StGB nur die Kenntnis der Tatumstände erforderlich, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, dagegen nicht die Kenntnis der Tatumstände in ihrer Eigenschaft als Merkmale eines gesetzlichen Tatbestandes (5). Die Zugehörigkeit eines Begriffes zu einem Straftatbestand braucht dem Täter daher nicht bekannt zu sein.

III. Der Vorsatz nach der Lehre von der Parallelwertung oder Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein

Die bisherige Untersuchung des Vorsatzes beim Parteiverrat hat zu dem Ergebnis geführt, dass weder die v. Liszt'sche Formel noch der naturalistische Vor-

---

1) Eingehende Nachweise bei Kunert S. 9 Anm. 11; vgl. ferner Mezger, Lb., S. 326 ff.; Sauer, Allgem. Strafrechtslehre, S. 166, 169; Dohna, Verbrechenslehre, S. 25; Schönke-Schröder § 59 Anm. II/3; Dalcke § 59 Anm. 1 c.
2) RGSt 53, 240; BGHSt 4, 352; 10, 41
3) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 189; Dohna, Verbrechenslehre, S. 25; Frank § 59 Anm. II
4) Schönke-Schröder, § 59 Anm. III/7a
5) Beling a. a. O.

satzbegriff des Reichsgerichts eine befriedigende Lösung des Problems darstellen, welcher Art der Vorsatzinhalt sein muss und wie sein Umfang zu bestimmen ist. Indem das Reichsgericht die Kenntnis der Tatsachengrundlage für ausreichend erklärte, verlangte es für den Vorsatz zu wenig. Es stellte praktisch die unwiderlegliche Präsumtion auf, dass derjenige, der die Tatsachen erkannt hat, auch den richtigen Schluss auf das Vorliegen der gesetzlichen Tatumstände gezogen habe(1). In das andere Extrem verfiel die Lehre v.Liszt's, die eine rechtstechnische Subsumtion unter den gesetzlichen Begriff für notwendig hielt und damit die Anforderungen an den Tätervorsatz überspannte. Eichmann (2) hat daher mit Recht hervorgehoben, "dass die Lösung der gestellten Frage in der Richtung einer Vermittlung zwischen den beiden extremen Lehren der v.Liszt'schen Subsumtionstheorie und der Lehre vom allein beachtlichen Tatsachenirrtum zu suchen ist".

1. Allgemeines

Von den im Schrifttum vertretenen Vermittlungstheorien darf die Lehre von der "Parallelwertung in der Laiensphäre" (3) oder der "Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein" (4) als die herrschende bezeichnet werden (5). Sie geht auf Bindings Formulierung von der "Subsumtion nach Laienart" (6) zurück und wird ausser im Schrifttum (7) auch vom Bundesgerichtshof (8) vertreten. Nach ihr genügt weder blosse Tatsachenkenntnis, noch ist eine exakte juristische Subsumtion erforderlich. Der Täter muss vielmehr neben dem reinen Tatsachenwissen von den Tatumständen des konkreten Straftatbestandes auch Kenntnis von der sozialen und rechtlichen Bedeutung der Tatbestandsmerkmale haben. Das heisst nicht, dass er das mit den gesetzlichen Tatumständen intendierte wirkliche Verhalten den einzelnen Begriffen unterordnen muss (das wäre rechtstechnische Tatsachensubsumtion

---

1) Kunert S.15
2) S.40
3) Mezger JW 1927,2006 ff. (zu Nr.19); JZ 1951,180; Lb.,S.328; StuB.AT,S. 173; ders.LK, §59 Anm.II,10
4) Welzel JZ 1953,120; 1954,279; 1955,455; Lb.S.69; Bild, S.60
5) Über die Lehre von den konstituierenden Merkmalen bei sog.Komplexbegriffen und die Theorie der Rechtsguterkenntnis vgl.Kunert S.15-24
6) Normen III, S.148
7) Maurach, AT,S.216; Busch, Mezger-Festschrift, S.168; Schröder ZStW 65, 181; Schönke-Schröder § 59 Anm.III/6; Kohlrausch-Lange § 59 Anm.III/2; Schwarz-Dreher § 59 Anm.II D 4
8) BGHSt 3,248 (255) = JZ 1953,117 mit zust.Anmerkung von Welzel; 4,347 (352); a.A.noch BGHSt 1,13(17) = JZ 1951,177 mit abl. Anmerkung von Mezger; 2,120

im Sinne v. Liszt's); er muss nur die besondere Bedeutung und Funktion der mit den Gesetzesbegriffen gemeinten Sachverhalte im sozialen Leben kennen, auf denen auch die juristische Qualifizierung im Strafgesetz beruht (1). Mezger umschreibt die "Parallelwertung" als "eine der juristischen Bewertung gleichgerichtete Einschätzung der Tatbestandsmerkmale im individuellen Gedankenkreis des Täters" (2). Dieser muss sich nach dem Grade seiner Bildung und Sachkenntnis ein ausreichendes Vorstellungsbild vom sachlichen Gehalt der Tatumstände machen, das der gesetzlichen Einschätzung der Begriffe "parallel" geht (3).

Welzel (4) lehnt den Ausdruck "Wertung" ab, weil die Tatumstände im Sinne des § 59 Abs. 1 StGB neben den sinnlich wahrnehmbaren Tatsachen nur "geistig verstehbare Elemente" enthielten und der Täter nicht immer ein juristischer Laie zu sein brauche (5). Wegen des Erfordernisses der Gewinnung von Einsichten in soziale Sinnzusammenhänge und der Beurteilung ihres sachlichen Bedeutungsgehalts schlägt Welzel statt dessen für den Vorsatzinhalt bei den normativen Tatbestandsmerkmalen die Bezeichnung "Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein" vor. Diese Terminologie ist deshalb vorzuziehen, weil Parteiverrat nur von Anwälten und Rechtsbeiständen begangen werden kann, der Täterkreis also nur juristisch vorgebildete Personen umfasst.

Auch sachlich ist der Lehre von der Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein in vollem Umfang zuzustimmen. Ergänzend ist jedoch auf folgendes hinzuweisen: Sowohl Mezger als auch Welzel haben ihre Vorsatzlehre mit den normativen Tatbestandsmerkmalen (6) in Zusammenhang gebracht. Daraus könnte geschlossen werden, dass es auf die Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein nur bei den normativen Tatbestandsmerkmalen ankomme, während sie für die deskriptiven Merkmale bedeutungslos sei (7). Der Gegensatz von normativen und deskriptiven Merkmalen hat sich für das Vorsatzproblem jedoch als unerheblich herausgestellt (8), so

---

1) Welzel S. 68
2) Mezger, LK, § 59 Anm. II, 10 (S. 483); ähnlich Lb. S. 328; JW 1927, 2007
3) Maurach, AT, S. 216/7
4) JZ 1954, 279; ebenso Kohlrausch-Lange § 59 Anm. III/2; Hardwig GA 1956, 370
5) Dies hat Mezger nicht verkannt; vgl. Mezger, Lb., S. 328 Anm. 12; ders. LK § 59 Anm. II, 10
6) Eingehend dazu Kunert, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958.
7) So Schönke-Schröder § 59 Anm. III/7e, wo es für ausreichend angesehen wird, dass sich der Täter bei deskriptiven Tatbestandsmerkmalen einen "subsumierbaren Sachverhalt" vorstellt.
8) Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, S. 317 Anm. 15; Sauer, Allgem. StrRL, S. 69 a. E.

dass die Bestimmung des intellektuellen Vorsatzelements bei beiden Arten von Tatumständen nach der Parallelbeurteilungslehre zu erfolgen hat (1). Diese Annahme ist schon deshalb gerechtfertigt, weil die Grenze zwischen deskriptiven und normativen Merkmalen fliessend und dementsprechend äusserst umstritten ist (2). Bei zahlreichen Merkmalen wird der rein deskriptiven Kennzeichnung von Tatsachen ein Bedeutungsgehalt hinzugefügt, der die betreffenden Tatumstände aus dem Bereich des rein Kognitiven heraushebt. Die dadurch bedingte "relative Unbestimmtheit" (3) dieser Merkmale stellt der Auslegung besondere Probleme. Je nach dem theoretischen Ausgangspunkt werden sie zu der einen oder anderen Gruppe gerechnet. Diese Meinungsverschiedenheiten in der philosophisch-theoretischen Behandlung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale dürfen aber nicht dazu führen, dass die Beantwortung der einzelnen Streitfragen für die Bestimmung des Vorsatzinhalts präjudiziell ist. Ausserdem unterscheidet § 59 Abs. 1 StGB nicht zwischen der Kenntnis von normativen und deskriptiven Merkmalen, sondern verlangt Kenntnis der zum gesetzlichen Tatbestand gehörigen Tatumstände schlechthin. Daher ist es für die Bestimmung des Prävarikationsvorsatzes gleichgültig, ob man in den Tatumständen des § 356 StGB ausschliesslich normative Merkmale erblickt (4) oder einzelne Begriffe als deskriptiv auffasst. Zu den normativen Tatbestandsmerkmalen sind jedenfalls die Begriffe Rechtssache, Partei und pflichtwidrig zu rechnen. Da sie der Rechtssphäre angehören, handelt es sich um "normative Begriffe spezifisch juristischer Art" im Sinne Grünhuts (5) bzw. um "rechtliche Wertungsmerkmale" im Sinne Mezgers (6). Angesichts der Vielzahl von Klassifizierungen ist es zweifelhaft, ob auch die Begriffe "anvertrauen" und "durch Rat oder Beistand dienen" als rechtlich-normativ anzusprechen sind. Da sie dem Alltagssprachgebrauch ebenso geläufig sind wie dem juristischen Sprachgebrauch und auf "Realitäten abzielen, deren konkrete Belegung Gegenstand einer 'Tatsachenfeststellung' ist", sind sie zu den deskriptiven Begriffen zu rechnen, auch wenn sie ihren genaueren Inhalt und Umfang aus der dem Parteiverrat zugrunde liegenden Norm empfangen und zu unterschiedlichen Auffassungen in der Auslegung führen (7).

---

1) Maurach, AT, S. 195 a.E.; BGHSt (GS) 2, 197; vgl. auch Engisch, Mezger-Festschrift, S. 161
2) Näher hierzu Engisch, a.a.O. S. 142-151; Kunert S. 28-47
3) Engisch, a.a.O., S. 143
4) So Niese JZ 1955, 323
5) Begriffsbildung, S. 5-7
6) Vom Sinn, S. 41-46
7) Vgl. Engisch, Mezger-Festschrift, S. 143

2. Der Vorsatz beim Parteiverrat

An anderer Stelle (1) wurde bereits hervorgehoben, dass der Täter sämtliche Merkmale des objektiven Tatbestandes in sein Vorstellungsbild von der Tat aufnehmen muss. Er muss also wissen, dass er innerhalb der ihm von einer Partei anvertrauten Rechtssache beiden Parteien im entgegengesetzten Interesse dient (2). Die hier aufgezählten Merkmale stellen in ihrer Gesamtheit die sachlich-gegenständliche Beschreibung der Verbotsmaterie dar. Kennt der Täter auch nur ein zum objektiven Tatbestand gehörendes Merkmal nicht, so ist sein Vorsatz gemäss § 59 Abs. 1 StGB ausgeschlossen. Unter Anwendung der massgeblichen Lehre der Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein ist der Vorsatz beim Parteiverrat wie folgt zu bestimmen:

Der Anwalt muss zunächst, wie schon das Reichsgericht angenommen hat (3), sämtliche Tatsachen kennen, die das Vorliegen der einzelnen Tatbestandsmerkmale begründen (4). Sodann muss er den Sachverhalt, aus dem die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes gefolgert wird, in seiner für den Pravarikationstatbestand typischen Bedeutung erkennen (5). Von besonderer Wichtigkeit ist die der zutreffenden juristischen Subsumtion entsprechende Parallelbeurteilung des Tatsachenstoffes beim Partei- und Rechtssachebegriff sowie hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit. Wegen der gebotenen materiellrechtlichen Betrachtungsweise dieser Tatumstände macht der darauf bezogene Vorsatz gewisse Schwierigkeiten.

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals Rechtssache muss dem Täter die juristische Relevanz der anvertrauten Angelegenheit bekannt sein. Er muss erkennen, dass der ihm unterbreitete Sachverhalt nicht bloss einen etwa religiösen oder moralischen Konfliktsstoff enthält, sondern einer Beurteilung nach Rechtsgrundsätzen zugänglich. Soweit es sich um einen einzelnen Anspruch handelt, über den in einem bestimmten Verfahren entschieden wird, kann beim Überwechseln des Anwalts von der einen zur anderen Partei an seinem Vorsatz bezüglich der Identität der Rechtssache sowie der übrigen Tatbestandsmerkmale des Parteiverrats kein Zweifel bestehen (6). Anders liegt es, wenn es sich um mehrere Ansprüche handelt, die u.U. auch noch in prozessual verschiedenen Verfahren geltend gemacht werden. Erkennt der Anwalt, dass die unterschiedlichen Rechtsfolgen in demselben materiellen Rechtsverhältnis wurzeln, so hat er den für die Identität der Rechtssa-

---

1) Oben S. 51f.
2) Vgl. auch Geppert S. 131 = MDR 1960, 623; BGH GA 1961, 205 a.E.
3) Vgl. oben S. 53
4) Vgl. BGHSt 9, 347
5) BGHSt 15, 338
6) Welzel JZ 1954, 278

che erforderlichen Vorsatz (1). Mit einer treffenden Formulierung hat das Reichsgericht in dem von seiner sonstigen Rechtsprechung abweichenden Urteil vom 5.7. 1926 (2) ausgesprochen, "die Wiedererkennung des Gegenstandes des früheren Auftrags in dem neuen ist für den inneren Tatbestand des § 356 StGB entscheidend"(3). Den alten Streitstoff in dem neuen Auftrag wiedererkennen bedeutet aber, dass der Anwalt beide Tatsachenkomplexe miteinander vergleicht und dabei feststellt, dass die in ihnen enthaltene Rechtsbeziehung identisch ist. Der Täter muss auf Grund einer Überlegung und Schlussfolgerung in den verschiedenen Tatsachen die Selbigkeit der Rechtssache erkennen (4).

Bezüglich des Parteibegriffs ist der Vorsatz des Täters gegeben, wenn ihm die rechtliche Beteiligung der Auftraggeber an der konkreten Rechtssache bekannt ist. Ferner muss er sich des Umstandes bewusst sein, dass ihm der Klient die Rechtssache in seiner beruflichen Eigenschaft als Anwalt mitgeteilt hat. Aus den ihm bekannten Tatsachen muss er auf die Kausalität zwischen der Inanspruchnahme und seiner Anwaltsstellung schliessen.

Zum Vorsatz gehört schliesslich noch das Bewusstsein des Anwalts, widerstreitende Interessen in derselben Rechtssache wahrzunehmen. Er muss auf Grund einer Prüfung der Interessenlage zu der sicheren Überzeugung gelangt sein (direkter Vorsatz) oder wenigstens die Möglichkeit nicht ausgeschlossen haben (bedingter Vorsatz), dass die rechtlichen Belange der Mandanten nicht gleichlaufend, sondern gegeneinander gerichtet sind. Ausser dem Interessengegensatz muss der Anwalt auch noch die Gegensätzlichkeit seiner beruflichen Tätigkeit erkannt haben. Er muss wissen, dass er mit seinem doppelseitigen Dienen innerhalb der Konfliktssituation tätig wird und damit den objektiv vorhandenen Interessenwiderstreit aufrechterhält oder verschärft. Wie auch der Bundesgerichtshof (5) richtig erkannt hat, ist neben dem Vorsatz, den Parteien im entgegengesetzten Interesse zu dienen, kein besonderes "Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit" erforderlich. Da die Pflichtwidrigkeit den Interessengegensatz und das Eingreifen des Anwalts in die widerstreitenden Belange zum Ausdruck bringt (6), erschöpft sich der Vorsatz in der Kenntnis dieser beiden tatbestandlichen Elemente des Begriffs pflichtwidrig. Es gibt also kein einheitliches "Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit", sondern nur das Wissen um diese beiden begrifflichen Bestandteile.

---

1) Welzel JZ 1954, 278
2) RGSt 60, 298 (300)
3) Zust. Welzel a. a. O.; BGHSt 7, 263; 15, 338
4) Welzel a. a. O.
5) BGHSt 5, 288; zust. Kalsbach, Standesrecht, S. 396; ders. BRAO § 45 Anm. 2 Ziff. VI a
6) Vgl. oben S. 35

ZWEITER ABSCHNITT

DER IRRTUM BEIM PARTEIVERRAT

Nachdem im ersten Abschnitt der Tatbestand des § 356 StGB analysiert und dabei das Schwergewicht auf die Bestimmung von Begriff und Wesen der einzelnen Deliktsmerkmale gelegt wurde, kann nunmehr mit der Untersuchung der eigentlichen Irrtumsproblematik beim Parteiverrat begonnen werden.

Wenn man im Strafrecht von "Irrtum" spricht, so bleibt mit dieser Redewendung verborgen, dass in dem Wort "Irrtum" zwei verschiedene Begriffe stecken, nämlich die Unkenntnis und die falsche Annahme von etwas (1). Irrtum im engeren Sinne ist die unbewusste Nichtübereinstimmung von Vorstellung und Wirklichkeit; blosses Nichtwissen oder Nichtkennen ist mangels einer aktuellen unrichtigen Vorstellung kein Irrtum (2). Das Wort "Irrtum" wird jedoch in dem umfassenderen Sinn gebraucht, weil die Unterscheidung von Nichtwissen und Falschwissen für die strafrechtliche Irrtumslehre keine Bedeutung hat. Gemäss § 59 Abs. 1 StGB kommt es allein auf das F e h l e n der richtigen Vorstellung an (3). Hinsichtlich der Rechtsfolgen des Irrtums wird in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, die strafrechtliche Relevanz eines Irrtums des Täters ergebe sich aus der Anwendung des Vorsatzbegriffes (4). Unterstellt man die Richtigkeit dieser Prämisse, so ist es folgerichtig zu sagen, die strafrechtliche Irrtumslehre habe keine selbständige Bedeutung, sondern sei nur die Vorsatzlehre mit umgekehrtem Vorzeichen (5). Mit dieser Ansicht stimmt auch die Irrtumsjudikatur des Reichsgerichts überein, die an den Anfang der Darstellung und kritischen Erörterung der beim Parteiverrat bestehenden Irrtumsprobleme gestellt wird. Die reichsgerichtliche Irrtumsrechtsprechung ist zwar überholt und heute nur mehr von dogmengeschichtlichem Interesse (6). Eine gedrängte Darstellung ist aber nicht nur aus Gründen einer vollständigen Be-

---

1) Hardwig GA 1956, 369

2) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 77

3) h.L.; vgl. Engisch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, S. 67 (mit weiteren Nachweisen in Anm. 9); Arthur Kaufmann a.a.O.; Hardwig a.a.O.; Wolf, Strafrechtliche Schuldlehre, S. 152; M.E. Mayer, AT, S. 315; Olshausen, 12. Aufl., § 59 Anm. 7; 7; Meyer-Allfeld, AT, S. 177

4) v. Liszt-Schmidt, Lb, S. 248 (mit weiteren Nachweisen in Anm. 1); v. Hippel Dt. Strafrecht II, S. 331; Arthur Kaufmann a.a.O.

5) Siehe S. 62 Anm. 4

6) Maurach, AT, S. 363; Mezger, StuB. AT, S. 181

handlung des Themas, sondern auch deshalb erforderlich, um die Fortschritte aufzeigen zu können, die durch die Anwendung der Schuldtheorie bei der Lösung der Irrtumsprobleme des § 356 StGB erreicht wurden.

In der modernen Strafrechtsdogmatik wird dagegen die einheitliche Behandlung des relevanten Irrtums überwiegend abgelehnt. Aus der komplexen Natur des Verbrechens, das nach h.L. eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhafte, mit Strafe bedrohte Handlung ist (1), wird gefolgert, dass die Auswirkungen eines Irrtums je nach dem Bezugsobjekt der Fehlvorstellung verschieden seien. Es gebe daher keinen einheitlichen "Strafrechtsirrtum" mit gleichen Rechtsfolgen und aus diesem Grunde auch keine einheitliche strafrechtliche Irrtumslehre (2). Dieser Auffassung folgt der Bundesgerichtshof, der mit dem Plenarbeschluss vom 18.3.1952 (3) die von der Rechtslehre entwickelten Kategorien des Tatbestands- und Verbotsirrtums in die Praxis einführte. Die weitere Untersuchung der Irrtumsproblematik erfolgt deshalb auf der Grundlage der Lehre vom Tatbestands- und Verbotsirrtum.

A. DIE RECHTSPRECHUNG DES REICHSGERICHTS

I. Allgemeines zur Lehre vom Tat- und Rechtsirrtum

Die Grundlage der reichsgerichtlichen Irrtumslehre bildete das Begriffspaar Tatirrtum - Rechtsirrtum. Unter Tatirrtum (= Tatsachenirrtum) verstand das Reichsgericht die Verkennung tatsächlicher Gegebenheiten, ohne Rücksicht darauf, ob es sich bei diesen sinnfälligenEigenschaften um Bestandteile eines Tatbestandsmerkmals oder eines Rechtfertigungsgrundes handelte (4). Entscheidend war allein, dass sich die Fehlvorstellung des Täters auf solche Tatsachen bezog, von denen auf das Vorliegen eines Tatumstandes oder auf das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes geschlossen werden konnte. Der Rechtsirrtum umfasste dagegen jede irrige Auffassung des Täters von Rechtssätzen oder Rechtsbegriffen.

Nur der Tatirrtum sollte gemäss § 59 Abs.1 StGB stets vorsatzausschliessende Wirkung haben, während beim Rechtsirrtum zwischen strafrechtlichem und ausserstrafrechtlichem Irrtum zu unterscheiden war. Einen strafrechtlichen Irrtum nahm das Reichsgericht an, wenn es sich um Begriffe oder Rechtssätze handelte,

---

1) Maurach, AT, S.108; Welzel S.45; ders. Bild, S.14; Schönke-Schröder Vorbem. I/1a vor § 1; Schwarz-Dreher Einl. B. vor § 1
2) Maurach, AT, S.219
3) BGHSt 2, 194 ff.
4) Maurach, AT, S.364

die das Strafgesetz selbst "autonom" oder im Anschluss an ein ausserstrafrechtliches Gesetz wenigstens "selbständig" regelte (1). Zum Strafrechtsirrtum wurde ferner der Irrtum über das dem Strafgesetz zugrunde liegende Verbot, die irrige Annahme einer nicht bestehenden rechtfertigenden Norm und der Irrtum über die rechtlichen Grenzen eines im Strafrecht geregelten Rechtfertigungsgrundes gerechnet (2). Dagegen sollte ein ausserstrafrechtlicher Irrtum vorliegen, wenn sich die fehlerhafte Vorstellung des Täters auf solche Begriffe und Rechtsverhältnisse erstreckte, die das Strafrecht unverändert aus anderen Rechtsgebieten (z.B. des Zivil-, Staats- oder Verwaltungsrechts) übernommen hatte (3). Als nicht strafrechtlich wurde ausserdem der Irrtum über die rechtlichen Grenzen eines ausserhalb des Strafrechts geregelten Rechtfertigungsgrundes sowie der Irrtum über blankettausfüllende Normen angesehen (4). Den ausserstrafrechtlichen Irrtum stellte das Reichsgericht dem Tatirrtum gemäss § 59 Abs. 1 StGB gleich, so dass diese Art von Rechtsirrtum den Vorsatz ausschloss (5). Beruhte der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so wurde der Täter wegen des korrespondierenden Fahrlässigkeitsdelikts bestraft, sofern auch die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht war. Der strafrechtliche Rechtsirrtum wurde dagegen für schlechthin unbeachtlich erklärt. Unter Berufung auf den Satz: error iuris criminalis nocet versagte ihm das Reichsgericht jede Rechtserheblichkeit. Ein Irrtum des Täters über die Rechtswidrigkeit der Tat war gleichfalls bedeutungslos, weil für die Bestrafung wegeneiner vorsätzlichen Straftat das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder des Verbotenseins nicht verlangt wurde (6).

II. Tat- und Rechtsirrtum bei § 356 StGB

Die auf der Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum aufgebaute Irrtumslehre wandte das Reichsgericht auch beim Parteiverrat an. Allgemein lässt sich feststellen, dass die Fälle des reinen Tatirrtums im Sinne des § 59 Abs. 1 StGB nur eine unbedeutende Rolle spielten. Im Vordergrund der reichsgerichtlichen Judikatur stand die Frage, ob im Einzelfall ein dem Tatsachenirrtum gleichzustellender ausserstrafrechtlicher Rechtsirrtum oder ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum gegeben war. Der Beantwortung dieser schwierigen -nach Auffassung der Kritik unlösbaren- Frage widmete das Reichsgericht zahlreiche Entscheidungen.

---

1) Maurach a.a.O.
2) Dalcke § 59 Anm. 1 b
3) Maurach a.a.O.
4) Dalcke a.a.O.
5) Vgl. die bei Olshausen, 12. Aufl., § 59 Anm. 15 zitierten Entscheidungen.
6) RGSt 37, 141 f. (unter Hinweis auf ältere Entscheidungen); 53, 85; 58, 249; vgl. auch Maurach, AT, S. 363

1. Tatirrtum

Der Tatirrtum ist das genaue Spiegelbild des naturalistischen Vorsatzbegriffs: Da das Reichsgericht unter den Tatumständen des § 59 Abs. 1 StGB die sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften der Handlung und des Tatobjekts verstand, nahm es einen Tatirrtum nur bei Unkenntnis einer für die Tatbestandserfüllung wesentlichen sinnfälligen Gegebenheiten an. Für das Vorliegen eines Tatirrtums war erforderlich, dass dem Anwalt eine Tatsache unbekannt blieb, von der auf die Erfüllung eines der Tatbestandsmerkmale des Parteiverrats geschlossen werden konnte. Einem solchen Tatsachenirrtum sind bei § 356 StGB zwangsläufig enge Grenzen gesetzt. Dem Anwalt fehlt die Kenntnis des Tatsachenstoffes nur dann, wenn er den Sachverhalt, der ihm vom Erstmandanten anvertraut wurde, im Zeitpunkt der Unterstützung des zweiten Auftraggebers nicht mehr im Gedächtnis, ihn also vergessen hat (1). Dieser Tatirrtum betrifft sowohl die Identität der Rechtssache als auch die Pflichtwidrigkeit des Dienens, denn der Anwalt weiss nicht, dass sich seine berufliche Tätigkeit gegen die bereits früher in derselben Rechtssache vertretenen Interessen des Erstmandanten richtet.

2. Strafrechtsirrtum

Die Qualifizierung einer Fehlvorstellung als unbeachtlicher Strafrechtsirrtum setzte voraus, dass sich der Irrtum des Anwalts auf einen sog. strafrechtlichen Begriff des Tatbestandes bezog.

Nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts (2) war die Verkennung des Begriffs "dieselbe Rechtssache" ein unbeachtlicher Irrtum über Inhalt und Bedeutung des Strafgesetzes. Wenn auch der Ausdruck Rechtssache eine Beziehung auf ausserstrafrechtliche Rechtsgebiete gestatte, so sei das Merkmal "dieselbe Rechtssache" doch ein strafrechtlicher Begriff, der sich aus Sinn und Zweck des Strafgesetzes selbst ergebe. Gelange der Täter trotz Kenntnis der die Identität der Rechtssache begründenden Tatsachen aus irgendeinem Grunde zu der Ansicht, dass gleichwohl nicht dieselbe Rechtssache vorliege, so befinde er sich in einem Irrtum über den Rechtsbegriff "dieselbe Rechtssache" (3).

Die Auffassung, das Tatbestandsmerkmal derselben Rechtssache sei ein strafrechtlicher Begriff, wurde in der Literatur schon zu Zeiten des Reichsgerichts abgelehnt. Wolff (4) bezeichnet ihn als einen "allgemeinen Rechtsbegriff", zieht aber aus dieser richtigen Erkenntnis nicht den nach der damaligen Irrtumslehre allein

---

1) RGSt 62, 158
2) RGSt 58, 248; 60, 301; 62, 157; 72, 141; JW 1929, 1886, 3169; zust. Wolff S. 125
3) RGSt 58, 248
4) S. 124

möglichen Schluss, dass die fehlerhafte rechtliche Beurteilung durch den Anwalt ein ausserstrafrechtlicher Irrtum ist. Ebenso wie das Reichsgericht versagt er diesem Irrtum jede rechtliche Bedeutung (1).
Alsberg (2) versuchte den ausserstrafrechtlichen Charakter durch § 31 RAO a.F. nachzuweisen, in dem der Begriff derselben Rechtssache ebenfalls verwendet wurde. Von dieser ausserstrafrechtlichen Regelung der Materie abgesehen, sei er als ein "allgemeiner Begriff des Rechtslebens" anzuerkennen. Zur näheren Begründung dieser Ansicht führte Cüppers (3) aus, die Identität der Rechtssache müsse in aller Regel aus der Systematik des Zivilrechts hergeleitet werden, so dass ein diesbezüglicher Irrtum ein beachtlicher Zivilrechtsirrtum sei.

Als ein strafrechtlicher Begriff wurde ferner das "Anvertrauen in amtlicher Eigenschaft" angesehen (4). Glaubte der Anwalt, ohne die Erteilung eines förmlichen Auftrages, die Anlegung von Handakten und die Berechnung von Gebühren sei ihm die Rechtssache von der Partei nicht mit Rücksicht auf seine Stellung als Anwalt anvertraut worden, so verkannte er nach Ansicht des Reichsgerichts den Begriff des Anvertrauens in amtlicher Eigenschaft. Die unrichtige Subsumtion der dem Anwalt bekannten Tatsachen war ein strafrechtlicher Irrtum, der den Vorsatz unberührt liess (5). Die irrige Meinung, eine auf einen Vergleich abzielende Tätigkeit oder eine allgemein gehaltene Auskunft seien keine beratende Tätigkeit im Sinne des § 356 StGB, ist gleichfalls eine unzutreffende Rechtsauslegung und wurde vom Reichsgericht als unbeachtlicher Strafrechtsirrtum beurteilt (6).

3. Ausserstrafrechtlicher Irrtum

Zur Annahme eines ausserstrafrechtlichen Irrtums gelangte das Reichsgericht nur in wenigen Fällen, die überdies mehr theoretische als praktische Bedeutung hatten.

Einen ausserstrafrechtlichen Irrtum hielt es in begrenztem Umfang bezüglich des Merkmals pflichtwidrig für möglich, wobei es sich zu äusserst subtilen und stark formalistischen Unterscheidungen genötigt sah. Mit welcher Rabulistik das gewünschte Ergebnis begründet wurde, kommt am deutlichsten in der vielfach angegriffenen Entscheidung vom 24.6.1924 (7) zum Ausdruck. Das Reichsgericht führt

---

1) Wolff S.125
2) JW 1926, 1571
3) NJW 1947/48 S.6
4) RGSt 62, 296; dagegen Wolff S.123; Gnodtke S.46
5) RGSt 62, 297
6) RGSt 62, 296/7; JW 1929, 3169
7) RGSt 58, 247

dort aus, die Aufnahme der Pflichtwidrigkeit in den gesetzlichen Tatbestand bedeute zwar die Aufstellung eines Merkmals des äusseren Tatbestandes mit der Folge, dass der Täter auch das Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit haben müsse (1); eine grundsätzliche Änderung im Inhalt des Vorsatzes werde dadurch aber nicht herbeigeführt (2). Soweit ein Irrtum über die Pflichtwidrigkeit nicht als reiner Tatsachenirrtum unter § 59 StGB falle, sei er nur dann erheblich, wenn er sich als ein Irrtum darstelle, der einem anderen Rechtsgebiet angehöre als dem Strafrecht. Die blosse Annahme des Anwalts, sein Verhalten sei nicht pflichtwidrig, genüge zum Vorsatzausschluss nicht (3); es komme vielmehr auf Art und Gegenstand des Irrtums an (4). Der Irrtum über die Sachidentität, auf Grund dessen der Anwalt glaubte, nicht pflichtwidrig zu handeln, sei auch in bezug auf dieses Merkmal ohne Bedeutung, weil es sich um einen Strafrechtsirrtum handle. Ein entgegengesetzter Standpunkt habe zur Folge, dass der Täter einerseits die Identität der Rechtssache kenne, andererseits aber der Mangel des Bewusstseins der Pflichtwidrigkeit daraus hergeleitet werden dürfe, dass er von dem Vorliegen derselben Rechtssache keine Kenntnis gehabt habe. Ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum innerhalb desselben Tatbestandes müsse aber auf jeden Fall rechtlich unerheblich bleiben (5). Beachtlich sei der Rechtsirrtum nur dann, wenn dem Merkmal der Pflichtwidrigkeit ein Hinweis auf Rechtsverhältnisse ausserhalb des Strafgesetzes zu entnehmen sei, wie z.B. auf das Auftragsverhältnis oder die öffentliche Rechtsstellung des Anwalts (6).

Die massgeblichen re chtlichen Erwägungen dieser Entscheidung hat das Reichsgericht in späteren Urteilen genauer formuliert. Da der Begriff pflichtwidrig erst durch § 31 Nr.2 RAO a.F. inhaltlich näher bestimmt werde, handle es sich um ein Merkmal, das in ein ausserstrafrechtliches Rechtsgebiet hinübergreife (7). Die Pflichtwidrigkeit wurde demnach als ausserstrafrechtlicher Begriff angesehen, so dass ein Rechtsirrtum hierüber ein ausserstrafrechtlicher hätte sein müssen. Das Reichsgericht machte jedoch eine wesentliche Einschränkung. Es lehnte einen beachtlichen Rechtsirrtum ab, wenn sich die Fehlvorstellung auf einen strafrechtlichen Begriff bezog, der auch in der ausserstrafrechtlichen Vorschrift enthalten ist. Erkannte der Täter die Pflichtwidrigkeit nur deshalb nicht, weil er über ein anderes dem Tatbestand des § 356 StGB angehörendes Merkmal irrte, so wurde nur ein nach § 59 StGB unbeachtlicher Strafrechtsirrtum angenommen. Das wurde einmal für

---

1) Ebenso RGSt 62, 295
2) RGSt 58, 249
3) a. A. RGSt 71, 254
4) RGSt 58, 250
5) Siehe Anm. 4
6) RGSt 58, 250/1
7) RGSt 60, 302; 62, 158, 295; 72, 141; JW 1929, 3170

einen Irrtum über die Pflichtwidrigkeit im Zusammenhang mit der Verkennung des Begriffs derselben Rechtssache entschieden (1), ein anderes Mal für einen Irrtum über die Pflichtwidrigkeit in Verbindung mit der unrichtigen Auslegung des Merkmals "Anvertrauen in amtlicher Eigenschaft" (2).

Widersprechende Entscheidungen sind zu der Frage ergangen, ob ein beachtlicher ausserstrafrechtlicher Irrtum vorliegt, wenn der Anwalt den Begriff des Dienens im entgegengesetzten Interesse verkannte und sich deshalb der Pflichtwidrigkeit seines Handelns nicht bewusst wurde. Das Reichsgericht hat diese Frage zunächst bejaht (3), und zwar von seiner Irrtumskonzeption aus mit Recht. Ist nämlich für die Abgrenzung des beachtlichen vom unbeachtlichen Rechtsirrtum allein der formale Gesichtspunkt massgebend, welchem Rechtsgebiet ein Begriff angehört, so ist das Dienen "im entgegengesetzten Interesse", da es nur in der standesrechtlichen Vorschrift des § 31 Nr.2 RAO a.F. enthalten ist, als ausserstrafrechtlicher Begriff anzusprechen. Folglich war ein Irrtum des Täters über diesen Begriff ein nach § 59 StGB beachtlicher Rechtsirrtum (4). Diese Auffassung lehnte das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung (5) mit der Begründung ab, dass in zahlreichen Fällen das Wissen um das Vorliegen derselben Rechtssache mit der Kenntnis des Interessengegensatzes notwendig zusammenfalle. Soweit dies zutreffe, müsse der Rechtsirrtum über den Begriff derselben Rechtssache und über den Interessengegensatz gleich behandelt werden. Für den inneren Tatbestand genüge daher die Kenntnis der den Interessengegensatz und damit auch die Pflichtwidrigkeit begründenden Tatsachen (6). Anderenfalls, so meint das Reichsgericht, könnte sich ergeben, dass bei der Untersuchung des inneren Tatbestandes der Pflichtwidrigkeit andere Feststellungen getroffen werden als bei der Untersuchung des Vorsatzes hinsichtlich derselben Rechtssache. Begrifflicher Bestandteil der Pflichtwidrigkeit sei nämlich, dass an derselben Rechtsangelegenheit mehrere Personen mit widerstreitenden Interessen beteiligt seien. Das Wissen des Täters um das Bestehen entgegengesetzter rechtlicher Belange müsse daher schon bei der Untersuchung des Vorsatzes in bezug auf dieselbe Rechtssache festgestellt werden.

Ein beachtlicher Rechtsirrtum über die Pflichtwidrigkeit des Dienens wurde folglich nur dann anerkannt, wenn er seine Ursache nicht in einem Irrtum über ein anderes Tatbestandsmerkmal des § 356 StGB hatte. Das Reichsgericht rechnete hier-

---

1) RGSt 58,250; 60,302; 62,296; 72,141; JW 1929,3170
2) RGSt 62,296
3) RG JW 1926,1571; 1929,3170
4) Ebenso Friedlaender JW 1929,1886
5) RGJW 1937,2964 f.
6) So schon RGSt 62,158

zu einmal die irrige Annahme des Täters, eine dem § 31 Nr. 2 RAO a.F. vorgehende Berufspflicht gebiete ihm ausnahmsweise die Vertretung der Gegenpartei (1). Ein ausserstrafrechtlicher Irrtum wurde ferner in der irrigen Meinung des Anwalts gesehen, das Einverständnis des Erstmandanten mit der Vertretung der Gegenpartei beseitige die Pflichtwidrigkeit seines Handelns (2). Ausserstrafrechtlicher Art war schliesslich noch die fehlerhafte Vorstellung des Täters, er sei bei der Beratung nicht in seiner Eigenschaft als Anwalt, sondern in der als Notar tätig geworden (3). Der Irrtum habe sich in diesen Fällen auf Rechtsverhältnisse ausserhalb des Strafgesetzes bezogen, so dass der Vorsatz mangels Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit nicht gegeben sei.

III. Kritik

Lässt man die grundsätzlichen Bedenken gegen die reichsgerichtliche Irrtumslehre zunächst ausser Betracht, so führt die Unterscheidung von Tat- und (strafrechtlichem und ausserstrafrechtlichem) Rechtsirrtum gerade beim Parteiverrat zu äusserst unbefriedigenden Ergebenissen. Beschränkt man die Vorstellungselemente, die den Inhalt des Vorsatzes ausmachen, auf das bloss Tatsächliche, so hat diese Auffassung bei ihrer Umkehrung in der Irrtumslehre zwangsläufig zur Folge, nur dem Tatirrtum vorsatzausschliessende Wirkung beizumessen, den Rechtsirrtum dagegen für belanglos zu erklären. Für den Mangel der richtigen Vorstellung von den Tatumständen kann es abernicht darauf ankommen, ob der Irrtum auf reiner Tatsachenunkenntnis oder auf unzureichender Erfassung von Sinn und Bedeutung des Sachverhalts beruht (4).

Soweit es sich um einen Rechtsirrtum handelt, hängt die Bestrafung des Anwalts letztlich von seiner mehr oder weniger geschickten Einlassung ab, wie Geppert (5) anlässlich der kritischen Besprechung der Entscheidung RGSt 58, 247 treffend bemerkt. Verteidigt sich der Anwalt mit der Behauptung, er habe seine Tätigkeit deshalb nicht für pflichtwidrig gehalten, weil er geglaubt habe, es handle sich nicht um dieselben Rechtssache, so wird er bestraft, denn der Irrtum über den strafrechtlichen Begriff der Sachidentität ist auch im Rahmen der Pflichtwidrigkeit unerheblich. Lässt er sich jedoch dahin ein, er habe zwar das Vorliegen einer einheitlichen Rechtssache gekannt, sei aber auf Grund seiner Pflicht zur gewissenhaften Erfüllung des Anwaltsberufes der Annahme gewesen, trotz des bestehenden

---

1) RGSt 60, 302; 62, 158; 62, 297
2) RGSt 62, 297; 72, 141
3) RG JW 1934, 695 mit kritischer Anmerkung von Wegner
4) Näher hierzu oben S. 54 f.
5) S. 137 = MDR 1960, 625

Interessengegensatzes auch die Belange der Gegenpartei wahrnehmen zu dürfen, so bezieht sich sein Irrtum auf ein ausserstrafrechtliches Rechtsgebiet und schliesst den Vorsatz nach § 59 StGB aus. Dieser Fall, in dem der Anwalt auf die Identität der Rechtssache und das Bestehen eines Interessenkonflikts schliesst, erscheint aber bei weitem strafwürdiger als der, in dem er die Pflichtwidrigkeit wegen unrichtiger Auslegung des Begriffs derselben Rechtssache verkennt. Die unterschiedliche Behandlung beider Fälle durch das Reichsgericht leuchtet auch deshalb nicht ein, weil die Fehlvorstellung jedes Mal die gleiche ist: Hier wie dort besteht sie in der irrigen Nichtannahme des Merkmals pflichtwidrig.

Von diesen Ungereimtheiten und dogmatischen Unzulänglichkeiten abgesehen, ist man sich heute in Rechtsprechung und Schrifttum darüber einig, dass das Begriffspaar Tat- und (strafrechtlicher und ausserstrafrechtlicher) Rechtsirrtum keine tragfähige Grundlage für die Lösung der strafrechtlichen Irrtumsprobleme bildet (1). Diese Unterscheidung wurde zwar in unzähligen Urteilen des Reichsgerichts bestätigt und kein anderer Rechtssatz der höchstrichterlichen Rechtsprechung hatte grössere Auswirkungen für die Strafrechtspraxis wie die These von der Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums. Dennoch ist es dem Reichsgericht nicht gelungen, Gewohnheitsrecht zu bilden (2). Der gesamte Fragenkomplex ist schon so oft behandelt worden, dass sich eine eingehende Untersuchung im Rahmen dieser Arbeit erübrigt. Folgende Hinweise mögen genügen:

Die historischen Fehldeutungen, auf denen die reichsgerichtliche Unterscheidung beruht, sind von Binding (3) aufgezeigt worden. Sodann hat es, seit Kohlrausch (4) zuerst auf die Unmöglichkeit einer exakten Abgrenzung des Rechtsirrtums vom Tatirrtum hingewiesen hat, nicht an Abhandlungen gefehlt, in denen mit aller nur wünschenswerten theoretischen Schärfe die logische Mangelhaftigkeit und dogmatische Unhaltbarkeit der reichsgerichtlichen Irrtumslehre nachgewiesen wurde (5). Die Rechtslehre bezeichnete sie als willkürlich, widerspruchsvoll und unsicher. Soweit die Judikatur dem Irrtum über ein rechtsbegriffliches Tatbestandsmerkmal eine vorsatzausschliessende Wirkung versagte, stand sie in Widerspruch zu § 59 Abs. 1 StGB, der für den Vorsatz nicht nur die Kenntnis der tatbestandser-

---

1) a. A. nur Wegner, AT, S. 152; ders. in Raape-Festschrift, S. 401 f.; H. Mayer, AT, S. 257, 262

2) Maurach, AT, S. 365

3) Normen III, S. 39, 70; GS 81, 24 f.

4) Irrtum und Schuldbegriff, S. 84 ff.

5) Vgl. vor allem v. Hippel, VD AT III, S. 550 ff.; ders. Dt. Strafrecht II, S. 331 ff.; 343 ff.; ders. Lb., S. 140; Binding, Normen III, S. 327-387; M. E. Mayer, AT, S. 325 ff.; Olshausen 12. Aufl., § 59 Anm. 16; Mezger, Lb., S. 329 f.; ders. StuB. AT, S. 174, 181; Maurach, AT, S. 364 f.; Welzel S. 143

heblichen Tatsachen, sondern auch den der richterlichen Subsumtion parallel gehenden Schluss auf das Vorliegen der gesetzlichen Tatumstände verlangt. Die Unterscheidung von strafrechtlichem und ausserstrafrechtlichem Rechtsirrtum lässt sich in Wirklichkeit weder logisch begründen noch ohne hoffnungslose Kasuistik durchführen, weil jeder primar ausserstrafrechtliche Begriff durch die Aufnahme in ein Strafgesetz zu einem strafrechtlichen wird und es nur von Zufälligkeiten abhängt, ob das Strafgesetz einen Begriff für seine Zwecke selbst näher umschreibt oder aus einem anderen Rechtsgebiet unverändert übernimmt. Die Differenzierung erweist sich somit schon in ihren Voraussetzungen und Grundlagen als verfehlt. Unsicher und willkürlich war aber auch die aus der Unterscheidung abgeleitete Zuordnung eines bestimmten Rechtsirrtums zu der einen oder anderen Gruppe, denn je nach der gesetzestechnischen Formulierung wurden materiell gleichliegende Fälle verschieden behandelt. Wegen der behaupteten Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums schloss ein unverschuldeter Rechtsirrtum, sofern er nur als strafrechtlicher angesehen wurde, die Strafbarkeit nicht aus. Die Bestrafung des unverschuldeten Strafrechtsirrtums widersprach aber dem "unantastbaren Grundsatz allen Strafens, dass Strafe Schuld voraussetzt" (1). Aus allen diesen Gründen ist die Irrtumsrechtsprechung des Reichsgericht mit Recht abgelehnt worden und kann heute als überholt betrachtet werden.

B. DIE LEHRE VOM TATBESTANDS- UND VERBOTSIRRTUM

Der Bundesgerichtshof hat in dem Beschluss des Grossen Senats für Strafsachen vom 18.3.1952 (2) die im Schrifttum seit jeher nahezu einmütig abgelehnte Irrtumsrechtsprechung des Reichsgerichts aufgegeben. An die Stelle der früheren Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum hat er eine neue Irrtumslehre in die Praxis eingeführt, die auf der Disjunktion Tatbestandsirrtum - Verbotsirrtum aufbaut. Mit der Anerkennung dieses Begriffspaares ist der Bundesgerichthof der in der Wissenschaft vertretenen Schuldtheorie gefolgt, nach der es nicht den Irrtum über Tatsachen vom Irrtum über Rechtssätze und Rechtsbegriffe, sondern allein den Irrtum über Tatbestandsmerkmale vom Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat zu unterscheiden gilt. Die Frage nach dem Irrtum über strafrechtliche und ausserstrafrechtliche Begriffe, die bis dahin im Mittelpunkt des Interesses stand, hat sich damit von selbst erledigt. Meinungsverschiedenheiten bestanden und bestehen im Schrifttum nur darüber, welche praktische Bedeutung dem neuen Begriffspaar zukommt, d.h. ob der Verbotsirrtum rechtlich ebenso zu behandeln ist wie der Tatbestandsirrtum oder ob ihm andere Rechtsfolgen beizulegen sind.

---

1) BGHSt 2, 202

2) BGHSt (GS) 2, 194 ff.

In dieser Streitfrage stehen sich zwei Auffassungen gegenüber, für die sich im Anschluss an Welzel (1) die Bezeichnungen "Vorsatztheorie" und "Schuldtheorie" eingebürgert haben. Die Vorsatztheorie verlangt für die Verhängung der Vorsatzstrafe neben dem Tatbestandsvorsatz die Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Handlung und begreift dieses aktuelle Unrechtsbewusstsein als einen der Kenntnis der Tatumstände gleichstehenden konstitutiven Bestandteil des Vorsatzes. Sie nimmt deshalb bei fehlendem Unrechtsbewusstsein in gleicher Weise wie beim Tatbestandsirrtum Ausschluss des Vorsatzes an. Der unvermeidbare Verbotsirrtum führt zur Straflosigkeit; war der Mangel des Unrechtsbewusstseins vermeidbar und enthält das Strafrecht einen mit dem Vorsatzdelikt korrespondierenden Fahrlässigkeitstatbestand, so wird der Täter danach bestraft. § 59 StGB wird also auf den Verbotsirrtum unmittelbar angewendet.

Demgegenüber betrachtet die Schuldtheorie das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder die Möglichkeit dieses Bewusstseins als ein vom Vorsatz getrenntes, selbständiges Schuldmerkmal. Von ihrem Standpunkt aus lässt der Verbotsirrtum den Tatbestandsvorsatz unberührt. Der Verbotsirrtum ist aber, wenn er unvermeidbar war, ein Schuldausschliessungsgrund, während er bei Vermeidbarkeit einen möglichen Schuldmilderungsgrund bildet.

Die Schuldtheorie kann heute als nahezu einhellige Rechtsauffassung bezeichnet werden. Sie beherrscht die Praxis, seit sich ihr der Bundesgerichtshof angeschlossen hat und wird ganz überwiegend in der Rechtslehre vertreten (2). Auch die vorliegende Arbeit geht in der Frage der rechtlichen Behandlung des Verbotsirrtums von der Schuldtheorie aus. Sie braucht mit Rücksicht auf das zu untersuchende Spezialproblem an dieser Stelle nicht erneut begründet zu werden.

Keiner Erörterung bedarf die vom Bundesgerichtshof und einem Teil des Schrifttums vertretene Einschränkung der Schuldhteorie bei einem Irrtum über Rechtfertigungs- und Schuldausschliessungsgründe (3). Die Meinungsverschiedenheiten, die zwischen der "strengen" und der "eingeschränkten" Schuldtheorie hinsichtlich der Behandlung eines solchen konkreten Verbotsirrtums bestehen, haben auf die Irrtumsproblematik bei § 356 StGB keinen Einfluss. Die Irrtumsfälle beim Parteiverrat sind, wie sich im einzelnen zeigen wird, nach beiden Auffassungen gleich zu entscheiden.

---

1) SJZ 1948 Sp. 369

2) Eingehende Literaturnachweise bei Warda S. 2 Anm. 4; vgl. ergänzend Maurach, AT, S. 373 ff.; Welzel S. 148 ff.; ders. Bild, S. 59 ff.; Schwarz-Dreher § 59 Anm. II E 3; Vertreter der Vorsatztheorie: Baumann, AT, S. 339; Mezger, StuB. AT, S. 183 ff.; ders. LK, § 59 Anm. II, 17 Ziff. III; Schönke-Schröder § 59 Anm. V/1

3) Näher hierzu Maurach, AT, S. 369 ff.

Aus den verschiedenen Rechtsfolgen, mit denen die Schuldtheorie Tatbestands- und Verbotsirrtum ausstattet, ergibt sich die Notwendigkeit, beide Irrtumsarten sicher voneinander abzugrenzen (1). Ihre Unterscheidung beim Parteiverrat ist nur möglich, wenn über ihre Begriffe und damit das Wesen ihrer Unterscheidung Klarheit besteht. Deshalb werden zunächst die allgemeinen Grundsätze dargestellt, nach denen die beiden Irrtumsarten zu scheiden sind.

I. Allgemeines zur Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum

1. Tatbestandsirrtum:

Der Vorsatz setzt gemäss § 59 Abs. 1 StGB ein bestimmtes Wissen des Täters von den gesetzlichen Tatumständen voraus. Fehlt diese Kenntnis, so ist der Vorsatz ausgeschlossen. Daraus folgt, dass sich der Begriff des Tatbestandsirrtums aus dem Vorsatzbegriff ergibt. Die Lehre vom Tatbestandsirrtum ist m. a. W. die Kehrseite der Lehre von den positiven Wissenserfordernissen des Vorsatzes. Danach ist unter Tatbestandsirrtum das "Fehlen der zum Vorsatz erforderlichen Kenntnis der Tatbestandsmerkmale"(2) zu verstehen, oder anders ausgedrückt: der Irrtum über einen objektiven Tatumstand des gesetzlichen Tatbestandes (3). Die fehlerhafte Vorstellung des Täters ist dadurch gekennzeichnet, dass er "nicht weiss, was er tut" (4). Gleichgültig ist, ob sich der Irrtum auf ein deskriptives (beschreibendes) oder normatives (wertendes) Tatbestandsmerkmal bezieht (5) .

Der Tatbestandsirrtum, der in § 59 StGB geregelt ist, beseitigt den auf die Tatbestandsverwirklichung gerichteten Vorsatz und damit die für eine vorsätzliche Straftat erforderliche Kongruenz des objektiven und subjektiven Tatbestandes. Die tatbestandsvernichtende Wirkung tritt ohne Rücksicht darauf ein, ob der Irrtum vermeidbar war oder nicht. Beruht er auf Fahrlässigkeit, so ist eine Bestrafung möglich, sofern auch die fahrlässige Tatbegehung mit Strafe bedroht ist (§ 59 Abs. 2 StGB). Das ist beim Parteiverrat nicht der Fall, denn das StGB enthält keinen mit § 356 StGB korrespondierenden Fahrlässigkeitstatbestand.

---

1) Dass auch die Vorsatztheorie auf eine genaue Grenzziehung nicht verzichten kann, hat Warda (S. 2 ff.) nachgewiesen
2) Warda S. 33
3) Welzel S. 150
4) BGHSt 2, 197
5) h.L., vgl. BGHSt 2, 197; Maurach, AT, S. 222; Welzel S. 150

2. Verbotsirrtum:

Mit der Ablehnung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die das Unrechtsbewusstsein in der Regel für unerheblich erklärte, hat sich in Wissenschaft und Praxis die Erkenntnis durchgesetzt, dass der Tatbestandsvorsatz zur Begründung des Schuldvorwurfs nicht ausreicht (1). Um dem Täter die begangene Straftat vorwerfen zu können, ist vielmehr erforderlich, dass er deren Unrecht positiv kannte oder zumindest hätte erkennen können (2). Nur in diesem Fall kann vom Täter das Wirksamwerden von Hemmungsvorstellungen gegenüber den zur Tat drängenden Motiven erwartet werden. Das Unrechtsbewusstsein ist daher Voraussetzung der strafrechtlichen Schuld.

Das negative Spiegelbild des Unrechtsbewusstseins bildet der Verbotsirrtum, der in dem Fehlen des Unrechtsbewusstseins bei Vorhandensein des Tatbestandsvorsatzes besteht. Verbotsirrtum ist daher jeder Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat bei voller Kenntnis der Tatbestandsmerkmale (3). "Der Täter weiss, was er tut, nimmt aber irrig an, es sei erlaubt" (4). Der Verbotsirrtum kann in verschiedenen Erscheinungsformen auftreten (5).

a) Der Täter hält infolge Nichtkennens oder Verkennens der Ge- oder Verbotsnorm die tatbestandsmässige Handlung für schlechthin erlaubt (sog. "abstrakter" Verbotsirrtum).

b) Der Täter hält die konkrete Tat deshalb für erlaubt, weil er irrigerweise das Vorhandensein und Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes annimmt.

c) Der Täter hält die Tat für erlaubt, weil er die rechtlichen Grenzen eines an sich gegebenen Rechtfertigungsgrundes verkennt.

Bemerkenswert ist mit Rücksicht auf die spätere Rechtsentwicklung die Tatsache, dass in dem Plenarbeschluss des Bundesgerichtshofs vom 18.3.1952 (6) der Irrtum des Täters über die rechtliche Bedeutung eines Gesetzesbegriffs nicht erwähnt wird. Der Subsumtionsirrtum, der in der Nichtsubsumtion des Sachverhalts unter den förmlichen Gesetzesbegriff besteht und auf einer juristisch unrichtigen Auslegung des letzteren beruht, wird somit (noch) nicht als eine Erscheinungsform des Verbotsirrtums aufgefasst.

Für die rechtliche Behandlung des Verbotsirrtums gilt folgendes: Da das Unrechtsbewusstsein nach der herrschenden, auch hier vertretenden Schuldtheorie

---

1) Näher hierzu Busch, Mezger-Festschrift, S.165
2) BGHSt 2,200 f., 209
3) Welzel S.150; BGHSt 2,197
4) BGHSt 2,197
5) Vgl. BGHSt 2,197; Busch, Mezger-Festschrift, S.168; eingehend Maurach, AT, S.378 ff.
6) BGHSt 2,194 ff.

kein Bestandteil des Vorsatzes, sondern ein selbständiges Schuldmerkmal ist, lässt der Verbotsirrtum im Gegensatz zum Tatbestandsirrtum den Vorsatz unberührt. Der unvermeidbare, d.h. unverschuldete Verbotsirrtum schliesst die Schuld aus; er ist ein zwingender Schuldausschliessungsgrund. Dagegen wird der Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum wegen vorsätzlicher Tatbestandsverwirklichung bestraft. Der verschuldete Verbotsirrtum beeinflusst nur die Schuld nach dem Masse seiner Vermeidbarkeit. Die Strafe kann entsprechend den für die Bestrafung des Versuches geltenden Vorschriften (§§ 51 Abs.2, 44 Abs.2 und 3 StGB) ermässigt werden.

Schon aus der Begriffsbestimmung des Tatbestands- und des Verbotsirrtums sind die Grundsätze für ihre Unterscheidung ersichtlich. Ergänzend ist noch auf folgendes hinzuweisen: Auch der Tatbestandsirrtum führt im Ergebnis zur Annahme der Erlaubtheit der Tat und zwar deshalb, weil der Täter nicht weiss, was er tut (1). Man kann den Tatbestandsirrtum daher auch als mittelbaren Irrtum über das Verbotensein der tatbestandsmässigen Handlung, als Verbotsirrtum aus Unkenntnis von Tatbestandsmerkmalen bezeichnen (2). Dieser mittelbare Verbotsirrtum ist aber bereits unter dem Begriff des nach § 59 StGB vorsatzausschliessenden Tatbestandsirrtums ausgeschieden worden. Für den Verbotsirrtum im engeren, technischen Sinne bleiben nur die Fälle übrig, in denen der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht auf einem Irrtum über Tatbestandsmerkmale beruht. Hieraus folgt zweierlei:

a) Der Verbotsirrtum ist gegenüber dem Tatbestandsirrtum subsidiär. In jedem Einzelfall ist zunächst zu prüfen, ob der Täter das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale gekannt hat. Fehlt es an dieser Kenntnis, so liegt gemäss § 59 Abs.1 StGB ein Tatbestandsirrtum vor. Für die weitere Frage, ob der Täter auch das Unrechtsbewusstsein hatte, bleibt dann kein Raum mehr. Nur wenn der Vorsatz bejaht wird, taucht die für die Schuldfeststellung bedeutsame Frage auf, ob sich der Täter auch der Unerlaubtheit der Tatbestandsverwirklichung bewusst war.

b) Zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum besteht ein Verhältnis strenger Komplementarität (3) und Ausschliesslichkeit: Verbotsirrtum ist nur der Irrtum über die Rechtswidrigkeit, der kein Tatbestandsirrtum ist. Umgekehrt ist der Tatbestandsirrtum kein Verbotsirrtum im technischen Sinne, weil letzterer nur in Betracht kommt, wenn der Täter vorsätzlich gehandelt hat, als kein Tatbestandsirrtum vorliegt.

Nach den vorstehenden Ausführungen kommt es in erster Linie darauf an zu klären, welches die Tatbestandsmerkmale des in Rede stehenden Delikts sind und ob der Täter die für den Vorsatz erforderliche Kenntnis hatte. Der Untersuchung

---

1) BGHSt 2, 197
2) Lang-Hinrichsen JR 1952, 192
3) Welzel MDR 1952, 584

dieses Fragenkreises war der erste Abschnitt gewidmet. Es brauchen jetzt nur die dort gewonnenen Ergebnisse ausgewertet zu werden, um die Fälle des Tatbestandsirrtums beim Parteiverrat bestimmen zu können. Der Erörterung des Tatbestandsirrtums schliesst sich sodann die Untersuchung des Verbotsirrtums im Bereich des Parteiverrats an. Hierbei erweist es sich als notwendig, zunächst die von der Rechtsprechung zur Lösung des Problems geleisteten Beiträge darzustellen. Ein in der Praxis häufig wiederkehrendes Irrtumsproblem des § 356 StGB bildet der sog. Subsumtionsirrtum, den der Bundesgerichtshof als einen Unterfall des Verbotsirrtums ansieht. Darin tritt jedoch eine Auffassung über das Wesen des Verbotsirrtums zutage, die mit dessen theoretisch eindeutiger Festlegung nicht zu vereinbaren ist. Die kritische Würdigung der Rechtsprechung und der ihr folgenden Lehre bildet die Grundlage für die anschliessend zu entwickelnde eigene Lösung.

II. Der Tatbestandsirrtum bei § 356 StGB

1. Tatbestandsirrtum infolge Tatsachenunkenntnis oder -verkennung

Ein Tatbestandsirrtum gemäss § 59 Abs. 1 StGB ist stets gegeben bei einem Irrtum des Anwalts über Tatsachen, von deren Vorliegen die Erfüllung des objektiven Tatbestandes abhängt. Tatbestandsirrtum ist deshalb jede Unkenntnis von Tatsachen, die zur Begründung der Tatumstände des § 356 StGB erforderlich sind. Der Anwalt hat von der Sachlage keine Kenntnis, wenn er sich etwa an den früher erteilten Auftrag und dessen Ausführung nicht mehr erinnert, aus diesem Grunde den zweiten Auftrag annimmt und zu seiner Erledigung tätig wird (1). Die Tatsachenunkenntnis kann auch darin bestehen, dass nur die gegensätzliche Interessenrichtung des früheren Mandats dem Gedächtnis des Täters entschwunden ist (2) und er infolge dieses Irrtums zur Erfüllung des zweiten Auftrages bewogen wird. Im erstgenannten Fall hat die Tatsachenunkenntnis die irrige Annahme des Täters zur Folge, weder in derselben Rechtssache tätig zu sein noch in den zwischen den Parteien bestehenden Interessenkonflikt einzugreifen. Der Tatbestandsirrtum betrifft daher ausser dem Merkmal der identischen Rechtssache auch die Pflichtwidrigkeit des Dienens, denn er verhindert, dass sich der Anwalt bewusst wird, im entgegengesetzten Interesse des Erstmandanten für die Belange des jetzigen Auftraggebers einzutreten. Im letzteren Fall bezieht sich der Tatbestandsirrtum nur auf das Merkmal pflichtwidrig. Dem Täter kann die äussere Sachlage ferner aus dem Grunde unbekannt sein, weil

---

1) RGSt 62, 158; BGHSt 7, 262/3; GA 1961, 206

2) Welzel S. 447

er sich ein falsches tatsächliches Bild von dem Streitstoff macht oder weil er Personen oder Sachverhalte verwechselt (1).

2. Tatbestandsirrtum mangels Bedeutungskenntnis

Da der Anwalt, um vorsätzlich zu handeln, die rechtliche Bedeutung des tatsächlichen Geschehens in einer der gesetzlichen Beurteilung parallel gehenden Form in sein Vorstellungsbild aufnehmen muss, fehlt sein Vorsatz auch bei Unkenntnis des Sinngehalts der ihm bekannten Tatsachen. Ein auf mangelnde Bedeutungskenntnis zurückzuführender Tatbestandsirrtum ist anzunehmen, wenn der Anwalt der irrigen Meinung ist, der frühere Auftrag beziehe sich auf einen von der jetzt vertretenen Rechtsangelegenheit materiell verschiedenen Streitstoff (2). Diese unrichtige Auffassung kann z.B. darauf beruhen, dass aus dem unklaren Vortrag der Auftraggeber Inhalt und Umfang der anvertrauten Interessen nicht erkennbar wird (3). Wird sich der Anwalt deshalb der materiellen Einheit der beiden Rechtsangelegenheiten nicht bewusst, erkennt er also in dem anvertrauten Tatsachenstoff nicht die sachlich-rechtliche Identität der Rechtssachen, so befindet er sich in einem Tatbestandsirrtum über das Merkmal "dieselbe" Rechtssache. Denkbar ist ferner, dass aus der unklaren Sachverhaltsdarstellung der Klienten die Gegensätzlichkeit der wahrzunehmenden Interessen nicht erkennbar ist und der Anwalt deshalb annimmt, beide Mandanten seien an der besprochenen Rechtssache auf derselben Seite beteiligt, während sie in Wirklichkeit Interessengegner sind (4). Der Tatbestandsirrtum hat in diesem Fall die Pflichtwidrigkeit des Dienens zum Gegenstand, denn der Anwalt verkennt den Interessenwiderstreit und die Doppelseitigkeit seines Verhaltens.

Der Bundesgerichtshof (5) betont mit Recht, dass solche und ähnliche Tatbestandsirrtümer, die auf mangelnder Erinnerung des Täters oder unklarem Sachvortrag der Klienten beruhen, in der beruflichen Tätigkeit des Anwalts zwar möglich sind, aber nur selten vorkommen werden. Ein entsprechendes Verteidigungsvorbringen des Anwalts ist von den Instanzgerichten daher mit besonderer Sorgfalt daraufhin nachzuprüfen, ob es sich nicht bloss als Schutzvorbringen erweist.

Näherliegender sind die Fälle, in denen der Anwalt über die Identität der Rechtssache oder das Bestehen eines Interessengegensatzes irrt, weil er die verschiedenen Tatsachenkomplexe nicht miteinander vergleicht und folglich auch

---

1) OLG Düsseldorf NJW 1959, 1051
2) BGHSt 7, 263 erblickt hierin einen Fall der Tatsachenunkenntnis-
3) BGHSt 5, 301, 312
4) BGHSt 4, 85
5) Siehe Anm. 4.

nicht im Wege einer Schlussfolgerung die Selbigkeit der Rechtssache oder den aus ihr resultierenden Widerstreit der rechtlichen Belange erkennt. Bei umfangreichen, in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht kompliziert gelagerten Rechtsangelegenheiten ist es möglich, dass der Anwalt infolge rechtsirriger Beurteilung der tatsächlichen Gegebenheiten den Umfang der ihm anvertrauten Interessen (Einheitlichkeit der Rechtssache) oder die Gegensätzlichkeit der Belange nicht erfasst (1). Auch bei dieser Art von Fehlvorstellung ist sich der Anwalt der Identität der Rechtssache oder des Bestehens eines Interessengegensatzes nicht bewusst.

Glaubt der Anwalt, seine berufliche Stellung als Rechtskundiger sei für die Inanspruchnahme durch den Klienten nicht kausal gewesen, und hat er aus den äusseren Umständen geschlossen, der Rechtssuchende wolle ihn gänzlich ausserhalb seiner beruflichen Tätigkeit in Anspruch nehmen, so befindet er sich in einem Tatbestandsirrtum über das Merkmal des Anvertrauens in amtlicher Eigenschaft (2). Nimmt er dagegen an, ausserhalb der Arbeitszeit oder ohne Gebührenberechnung handle er nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt, so verkennt er lediglich den Begriff der amtlichen Eigenschaft. Dieser Auslegungsirrtum schliesst den Tatbestandsvorsatz nicht aus.

3. Beispiele:

In den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bisher entschiedenen Fällen hatte der Täter die für den Vorsatz des Parteiverrats erforderliche Kenntnis. Dies soll an Hand einiger Grenzfälle, in denen der Bundesgerichtshof -zu Unrecht- einen Tatbestandsirrtum für möglich hielt, näher erläutert werden.

a) In dem der Entscheidung BGHSt, 4, 80 zugrunde liegenden Fall hatte der Anwalt den Klienten K über die Aussichten einer Ehescheidungsklage beraten. Da er die von K vorgebrachten Scheidungsgründe nicht für ausreichend hielt, vereinbarte er mit dem Mandanten, der von seiner Ehefrau wegziehen wollte, dass er deshalb namens der Frau Scheidungsklage wegen böswilligen Verlassens erheben werde und dass K keinen Gegenantrag stellen solle. Nachdem ihm Frau K Prozessvollmacht erteilt hatte, erhob er für sie Scheidungsklage wegen böswilligen Verlassens gegen den Ehemann K. Dieser liess durch einen anderen Anwalt entgegen der früheren Abrede Klageabweisung beantragen und Widerklage erheben. Der Angeklagte war nach seiner Einlassung der Überzeugung, mit der Vertretung von Frau K nicht im entgegengesetzten Interesse des Erstmandanten zu handeln, da dessen

---

1) BGHSt 5, 301, 312; 7, 22, 263/4; 15, 338; GA 1961, 206; OLG Hamm NJW 1955, 804; OLG Düsseldorf NJW 1959, 1051

2) Geppert S. 133 = MDR 1960, 624

Ziel von vornherein die Scheidung aus seinem alleinigen Verschulden gewesen sei. Der 4. Senat (1) hält einen Tatbestandsirrtum über die Gegensätzlichkeit der verfochtenen Belange deshalb für möglich, weil der Anwalt glaubte, die Erhebung der Scheidungsklage für die Frau widerstreite nicht den Interessen des Mannes, mit dem er diese Art der Behandlung der Ehesache vorher ausdrücklich vereinbart hatte.

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs schliesst dieser Irrtum den Vorsatz des Dienens im entgegengesetzten Interesse nicht aus. Der Anwalt wusste, dass die ihm erteilten Aufträge die Scheidung derselben Ehe zum Gegenstand hatten und dass er zunächst den Ehemann über die beabsichtigte Scheidung sachlich beraten, später aber die Ehefrau im Prozess vertreten hat. Es war ihm folglich bekannt, dass er in derselben Rechtssache nacheinander für beide Parteien beruflich tätig war. Obwohl der Ehemann K unter allen Umständen auf die Scheidung seiner Ehe drängte und sich zunächst sogar bereit erklärt hatte, in dem von der Ehefrau eingeleiteten Scheidungsprozess keinen Gegenantrag zu stellen, ist dem Anwalt die Gegensätzlichkeit der von den Parteien des Eherechtsstreits verfolgten Belange nicht verborgen geblieben. Zwischen Parteien im Zivilprozess ist der Interessengegensatz so offenkundig, dass er einem Rechtsanwalt schlechterdings nicht entgehen kann. Der Angeklagte wusste, dass sein früherer Mandant K mit der Erhebung der Scheidungsklage für die Ehefrau die Rolle des Beklagten einnimmt und dass diese Parteistellung auch dann nicht beseitigt wird, wenn K keinen Gegenantrag stellt. Zumindest diese formale Prozessgegenerschaft hat der Anwalt gesehen. Damit hatte er die für den Vorsatz bezüglich des Interessenwiderstreits erforderliche Kenntnis. Wenn er trotzdem glaubte, ein Gegensatz sei nicht vorhanden, weil beiden Ehegatten an der Scheidung gelegen war, und sie deshalb im Prozess nur eine formale Parteistellung eingenommen hätten, eine solche aber keinen Interessenkonflikt im Sinne des § 356 StGB begründe, so ging er von einem anderen Begriff des entgegengesetzten Interesses aus als das Gesetz. Es handelte sich nicht um eine solche rechtsirrige Beurteilung des Sachverhalts, die dem Täter das Vorhandensein eines irgendwie gearteten Interessengegensatzes in derselben Rechtssache überhaupt nicht erkennen liess, sondern um die vermeintliche Nichterfüllung des § 356 StGB infolge unrichtiger Auslegung dieser Vorschrift (2). Der Irrtum über einen Rechtsbegriff schliesst als reiner Subsumtionsirrtum den Tatbestandsvorsatz nicht aus. Da der Täter die dem betreffenden Tatbestandsmerkmal zugrunde liegenden Tatsachen kennt und auch deren rechtliche Bedeutung in einer dem Gesetz angenäherten Form erfasst, ist der Subsumtionsirrtum kein Tatbestandsirrtum (3). Kei-

---

1) BGHSt 4, 85

2) Wie hier Kohlrausch-Lange Anm. VIII; vgl. auch die zutreffend entschiedenen Parallelfälle in BGHSt 7, 264 f.; 9, 347

3) Absolut h.L., vgl. BGHSt 7, 23, 264, 265; 9, 347; Geppert S. 140=MDR 1960, 626; Maurach, AT, S. 228; Welzel S. 156; Schönke-Schröder § 59 Anm. III/7e; Kohlrausch-Lange § 59 Anm. V/4b; a. A. Schmidt-Leichner NJW 1953, 431, 472

nen Unterschied macht es in diesem Zusammenhang, ob der Subsumtionsirrtum deskriptive oder normative Tatumstände betrifft. Wie Engisch (1) überzeugend nachgewiesen hat, ist das Problem des Subsumtionsirrtums kein spezifisches Problem der normativen Tatbestandselemente. Auch bei unzweifelhaft deskriptiven Begriffen können Subsumtionsstreitigkeiten und demgemäss auch Subsumtionsirrtümer auftauchen (2).

Hätte im vorerwähnten Fall die Ehefrau auf Anraten des Anwalts gleichfalls von der Erhebung der Scheidungsklage abgesehen, so würde man zu keinem anderen Ergebnis gelangen. Der Anwalt hätte gewusst, dass die Beratung der Ehefrau den Interessen des vorher von ihm unterstützten Ehemannes zuwiderlaufen würde. Es wäre ihm nämlich bekannt gewesen, dass die von der Frau begehrte Scheidung nur durch Erhebung der Scheidungsklage erreicht werden kann, er sich damit aber gegen seinen früheren Auftraggeber wenden würde.

b) Auch in dem Urteil BGHSt 7, 17 scheidet die Möglichkeit eines Tatbestandsirrtums aus. Der Anwalt hatte in einem Konkursverfahren zunächst den Gläubiger K vertreten und für diesen eine rechtskräftig festgestellte Forderung sowie Ab- und Aussonderungsrechte geltend gemacht. Einen Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners, der eine 40 %ige Befriedigung der Gläubiger vorsah, lehnte K ab. Später übernahm der Angeklagte die Vertretung des Gemeinschuldners, um am Zustandekommen eines neuen Vergleichs mitzuwirken, der eine zusätzliche Sicherung der Gläubiger vorsah. In diesem Zusammenhang setzte er sich bei K für die Annahme des Vergleichsvorschlages ein. Dabei war er der Auffassung, es habe kein Interessengegensatz bestanden. Der Vergleich habe im beiderseitigen Interesse gelegen; erstens, weil beiden Auftraggebern an weiteren Geschäftsbeziehungen gelegen habe, zum anderen, weil für den Konkursgläubiger K wirtschaftlich gesehen kein besseres Ergebnis zu erreichen gewesen sei. Der 4. Senat (3) gab der Strafkammer daher auf, nochmals zu prüfen, ob der Anwalt die entgegengesetzten Belange seiner Auftraggeber wirklich erkannt oder ob er irrtümlich angenommen hat, beide Parteien verfolgten gleichlaufende Interessen.

Nach dem festgestellten Sachverhalt war sich der Anwalt jedoch unzweifelhaft des Widerstreits in den rechtlichen Anliegen seiner Mandanten bewusst. Einerseits war ihm bekannt, dass er namens des Gläubigers K auf vollständige Befriedigung wegen der bereits rechtskräftig festgestellten Forderung gedrängt und dass K den ersten Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners abgelehnt hatte. Andererseits war sich der Anwalt auch darüber im klaren, dass er dem K den Verzicht auf 60%

---

1) Mezger-Festschrift, S. 159 f.
2) Ebenso Welzel JZ 1954, 279
3) BGHSt 7, 22

der Klageforderung zumutete, als er diesem im Auftrag des Gemeinschuldners die Annahme des zweiten Vergleichsvorschlages empfahl. Für die Kenntnis des Interessengegensatzes genügte das Bewusstsein des Anwalts, dass K auf der Zahlung des gesamten Forderungsbetrages bestand, die Annahme des zweiten Vergleichsvorschlages aber zwangsläufig den Verzicht auf einen Teilbetrag bedeutete. Damit war dem Angeklagten die rechtliche Bedeutung seines Verhaltens als Vertretung entgegengesetzter Interessen bekannt. Er wusste, was er tat, hielt jedoch das vertretbare oder erreichbare Interesse des Erstmandanten für massgeblich. Er befand sich somit in einem Irrtum über den gesetzlichen Begriff des entgegengesetzten Interesses. Auf Grund fehlerhafter Auslegung des Strafgesetzes glaubte er, den Tatbestand des § 356 StGB nicht zu verwirklichen. Das ist ein Subsumtionsirrtum, der im Rahmen des § 59 StGB unbeachtlich ist.

c) Denselben Bedenken unterliegt die jüngste zum Parteiverrat ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs (1). Auch hier neigt der 2. Senat zu einer Überspannung des Grundsatzes der Parallelbeurteilung im Täterbewusstsein und stellt dementsprechend zu strenge Anforderungen an den Prävarikationsvorsatz. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall vertrat der Anwalt zunächst den in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Kaufmann A. Er erwirkte für ihn wiederholt Vollstreckungsschutz, vereinbarte mit den Gläubigern Ratenzahlungen und bemühte sich um die Einziehung von Aussenständen. Um A zu helfen, vermittelte er ihm ferner ein Darlehen. Bei Abschluss des schriftlichen Darlehensvertrages trat er als Bevollmächtigter der Darlehensgeberin K auf, übernahm aber zugleich eine "Garantie" für die Rückzahlung und verfügte im Auftrag von A über einen Teil der Darlehenssumme. Da A die fälligen Zinsen nicht zahlte, erwirkte der Angeklagte im Namen der Darlehensgeberin K wegen der Darlehensforderung nebst Zinsen und Kosten Zahlungs- und Vollstreckungsbefehl. Nach Niederlegung des Mandats A trat er in einem Zwangsversteigerungsverfahren über den Grundbesitz des A wieder um als Vertreter der K auf, ersteigerte dann aber das Grundstück selbst und erhielt auch den Zuschlag.

Der 2. Senat (2) begründete die Möglichkeit eines Tatbestandsirrtums folgendermassen: Nach dem Sachverhalt könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Anwalt die Darlehensgeberin K bei Erwirkung des vollstreckbaren Titels und in dem Zwangsversteigerungsverfahren nur mit dem Ziel vertreten wollte, dem Zugriff anderer Gläubiger zuvorzukommen und dadurch dem Erstmandanten A die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz zu erhalten. Für die Vorstellung des Angeklagten, ausschliesslich gleichgerichtete Interessen zu vertreten, spreche einmal die Tatsache, dass A an der Durchführung des Mahnverfahrens und dem

---

1) BGHSt 15, 332; vgl. auch Schwarz-Dreher Anm. 2 Ba

2) BGHSt 15, 339 f.

Beitritt der K zum Zwangsversteigerungsverfahren im Hinblick auf seine wirtschaftliche Lage besonders interessiert gewesen sei. Ausserdem habe der Angeklagte nach der Ersteigerung das Grundstück dem A zum weiteren Betriebe seines Geschäftes mietweise überlassen, auf anderem eigenen Grundbesitz zur Sicherung der Darlehensforderung der K eine Hypothek eintragen lassen und die Verzinsung und Rückzahlung des Darlehens übernommen. Schliesslich sei es auch seine Absicht gewesen, das Mandat K niederzulegen, falls es zwischen K und A zu einem Rechtsstreit wegen der Forderung gekommen wäre. Der Vorsatz, den Parteien im entgegengesetzten Interesse zu dienen, ist nach Auffassung des 2. Senats nicht gegeben, wenn der Anwalt im Mahn- und Zwangsversteigerungsverfahren für K lediglich mit dem Willen tätig geworden ist, dem gemeinsamen Interesse beider Parteien zu dienen (nämlich K und A gegenüber dem Vorgehen anderer Gläubiger zu schützen) und sich in den dadurch gesteckten Grenzen zu halten.

Diese Begründung überzeugt jedoch nicht. Das Verkennen des Interessengegensatzes lässt sich nicht auf die irrige Nichtannahme des Merkmals "dieselbe" Rechtssache zurückführen. Der Anwalt wusste, dass er den Klienten A in allen Angelegenheiten vertreten hatte, die dessen Zahlungsschwierigkeiten betrafen, und dass er in Ausführung dieses Auftrages dem A zwecks Überwindung der Zahlungsschwierigkeiten das Darlehen der K beschafft hatte. Angesichts der Personengleichheit erkannte er das Vorliegen eines einheitlichen Rechtsverhältnisses, als er später für die Darlehensgeberin K wegen der Darlehensforderung das Mahnverfahren durchführte und dem Zwangsversteigerungsverfahren gegen A beitrat. Die Absicht des Anwalts, durch dieses Vorgehen dem Zugriff anderer Gläubiger zuvorzukommen und dem A die Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz zu erhalten, vermag die Kenntnis, widerstreitende Parteibelange zu vertreten, nicht auszuschliessen. Als wiederholter Berater und Vertreter des A wusste der Angeklagte, dass dem A wegen der bestehenden Zahlungsschwierigkeiten daran gelegen war, von seinen Gläubigern nicht in Anspruch genommen zu werden. Diesem rechtlichen Interesse, dem der Anwalt mit dem ersten Auftrag gedient hatte, widersprach es aber, wenn er die Darlehensforderung der K im Mahnverfahren und später im Zwangsversteigerungsverfahren geltend machte. Der Interessengegensatz ist ihm deshalb nicht verborgen geblieben, weil es sich um rechtlich geordnete Verfahren handelte, in denen A eine dem Beklagten des Zivilprozesses ähnliche Parteirolle inne hatte. Jedem Anwalt ist bekannt, dass der Erlass eines Zahlungsbefehls und die Zwangsversteigerung sich gegen das primäre Interesse jedes Schuldners richten, wegen der Forderung nicht in Anspruch genommen zu werden und Grundbesitz nicht im Wege einer zwangsweisen Verwertung zu verlieren. Mit der Absicht des Angeklagten, einen für A und K gleichermassen befriedigenden Ausweg aus den wirtschaftlichen Schwierigkeiten des A zu finden, ist notwendig die Kenntnis verbunden, dass der eingeschlagene Weg für K eine Sicherung der Darlehensrückzahlung

bedeutete. Obwohl der 2. Senat dies nicht verkennt (1), zieht er hieraus nicht den allein möglichen Schluss, dass der Anwalt vorsätzlich entgegengesetzte Interessen wahrgenommen hat. Auf die dargelegte Willensrichtung des Anwalts kommt es für den Vorsatz nicht an. Massgebend ist die zutreffende Beurteilung des Sachverhalts im Täterbewusstsein. Der Anwalt hatte aber von der rechtlichen Bedeutung seines Verhaltens als Dienen "im entgegengesetzten Interesse" ausreichende Kenntnis, denn es war ihm nicht entgangen, dass die beabsichtigte wirtschaftliche Unterstützung des A dessen rechtliche Interessen beeinträchtigte. Dennoch glaubte er, ein Interessengegensatz sei solange nicht vorhanden, als er den A vor dem Zugriff der übrigen Gläubiger schütze und ihm auf diese Weise den Umständen nach bestmöglich diene. Der Angeklagte verstand also unter den rechtlichen Belangen im Sinne des § 356 StGB nur das für den Mandanten bestenfalls erreichbare Interesse. Da sich diese unrichtige Vorstellung in einer zu engen Auslegung des Interessebegriffs erschöpft, handelt es sich auch hier um einen typischen Fall des Subsumtionsirrtums.

III. Der Verbotsirrtum bei § 356 STGB

1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Schon kurze Zeit nach Erlass des Plenarbeschlusses vom 18.3.1952 (2) wurde der Bundesgerichtshof vor die Frage gestellt, wann sich der Täter des Parteiverrats in einem Verbotsirrtum befindet. Die völlig neue Problemstellung und der komplizierte tatbestandliche Aufbau des § 356 StGB bereiteten dem Bundesgerichtshof zunächst erhebliche Schwierigkeiten in der Bestimmung des Verbotsirrtums beim Parteiverrat. Die heutige Auffassung unseres höchsten Gerichts in Strafsachen zu diesem Fragenkreis ist der Endpunkt einer vorläufig abgeschlossenen Entwicklung, die nach anfänglichem Schwanken eine zunehmende Klärung der Irrtumsprobleme gebracht hat.

Ausgangspunkt der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof ist die zutreffende Feststellung, dass auch beim Parteiverrat der Täter trotz vorsätzlicher Tatbestandserfüllung der Auffassung sein kann, mit seiner Handlung nichts Unerlaubtes zu tun (3). Unklar und deshalb im höchsten Masse anfechtbar sind aber Formulierungen, wie sie der Bundesgerichtshof in seinen ersten Entscheidungen zu § 356 StGB gebrauchte: "Es steht nichts im Wege, dem Irrtum über die Pflichtwidrigkeit teilweise das Wesen des Tatbestandsirrtums zuzuerkennen und ihn im übrigen in den

---

1) BGHSt 15, 339
2) BGHSt 2, 194 ff.
3) BGHSt 5, 288

Bereich des Verbotsirrtums zu verweisen" (1). Oder: "Ein Rechtsanwalt, der sich bei voller Kenntnis der in § 356 StGB umschriebenen Tatbestandsmerkmale der Pflichtwidrigkeit seines Handelns nicht bewusst geworden ist, kann je nach der Sachlage im Tatbestands- oder Verbotsirrtum gehandelt haben" (2). In welchem Umfang das eine oder andere der Fall sein sollte, blieb freilich offen. Aus diesem Grunde ist es nur zu verständlich, dass die angeführten Urteile auf den Widerspruch der Lehre gestossen sind (3). Inwieweit diese Kritik sachlich berechtigt ist, soll später untersucht werden, denn hier geht es nur darum, die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kurz aufzuzeigen.

Wegen der missverständlichen Ausführungen des 2. und 4. Senats (4) hielt es der 5. Senat (5) für folgerichtiger und klarer, das "Bewusstsein der Pflichtwidrigkeit" auf die Kenntnis des Interessengegensatzes zu beschränken und im übrigen -wie bei allen strafbaren Handlungen- vom Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zu sprechen. Die Klarstellung im Irrtumsbereich war nur deshalb möglich, weil in dem Merkmal pflichtwidrig nicht gleichzeitig ein Tatbestands- und ein Verbrechensmerkmal, sondern ausschliesslich ein objektiver Tatumstand gesehen wurde. Enthielt bereits diese Entscheidung einen bedeutsamen Fortschritt gegenüber den früheren Urteilen, so hat der Bundesgerichtshof die bestehenden Abgrenzungsschwierigkeiten seit dem Urteil des 4. Senats vom 2.12.1954 (6) endgültig überwunden und für die Praxis feste Grundsätze bezüglich des Verbotsirrtums beim Parteiverrat aufgestellt. Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung erblickt der Bundesgerichtshof in folgenden Fehlvorstellungen des Täters einen Verbotsirrtum:

a) Ein abstrakter Verbotsirrtum wurde bisher, von den Fällen des Subsumtionsirrtums abgesehen, nur in dem der Entscheidung BGHSt 12,96 zugrunde liegenden Fall für möglich gehalten, in dem der Anwalt gegen den früheren Mandanten sowohl persönliche als auch beruflich fremde gegensätzliche Interessen vertreten hatte. Der Bundesgerichtshof bejaht einen Verbotsirrtum, wenn die Gleichheit der eigenen und fremden Interessen den Anwalt zu der Annahme verleitete, er dürfe die fremden Belange selbst dann wahrnehmen, wenn sie solchen Interessen zuwiderlaufen, die er früher für den jetzigen Prozessgegner vertreten hatte (7).

---

1) BGHSt 4, 80, 86
2) BGHSt 3, 400, 402/3
3) Vgl. Schmidt-Leichner NJW 1953, 404 ff., 430, 472; Bindokat JZ 1953, 750
4) Siehe Anmerkung 1 u. 2
5) BGHSt 5, 288; vgl. auch BGHSt 5, 310
6) BGHSt 7, 17; ferner BGHSt 7, 261 = JZ 1955, 454 mit zust. Anm. von Welzel; 9, 341; 12, 96; 15, 332
7) BGHSt 12, 99

b) Unrichtige Auslegung eines gesetzlichen Begriffs (sog. Subsumtionsirrtum)

Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGHSt 2,197 behandelt der Bundesgerichtshof den Subsumtionsirrtum, der erst nach Bejahung der Tatbestandskenntnis relevant werden kann und der in der Verkennung des Umfanges eines Rechtsbegriffs besteht, als einen Unterfall des Verbotsirrtums (1). Der Irrtum über die Bedeutung eines gesetzlichen Begriffs sei ein Irrtum über den Umfang des Verbots. Der Hinweis auf den Plenarbeschluss vom 18.3.1952 ist jedoch nicht beweiskräftig, denn in dieser für die Irrtumsfragen grundlegenden Entscheidung wird der Subsumtionsirrtum nicht als Spielart des Verbotsirrtums erwähnt (2). Die Frage, ob der Verbotsirrtum in Gestalt des Subsumtionsirrtums eine zu billigende Fortentwicklung der Lehre vom Verbotsirrtum darstellt, wird vorläufig zurückgestellt und erst bei der kritischen Würdigung der BGH-Rechtsprechung behandelt (3). In diesem Zusammenhang interessiert nur die Frage, welche Auffassung der Bundesgerichtshof zu diesem Problem tatsächlich vertritt, nicht aber, ob diese Auffassung mit dem Begriff und Wesen des Verbotsirrtums in Einklang steht. Die bereits entschiedenen Fälle veranschaulichen am besten die Meinung der Judikatur:
BGHSt 7,17 (4): Die Annahme des Täters, es bestehe kein Interessengegensatz, soweit er zum Nutzen beider Auftraggeber das vernünftigerweise Vertretbare und bestenfalls Erreichbare anstrebe, ist ein Irrtum über den gesetzlichen Begriff des entgegengesetzten Interesses. Wegen der fehlerhaften Auslegung des Strafgesetzes sei der Täter der Meinung, dem gesetzlichen Verbot, trotz des an sich bestehenden und erkannten Interessenwiderstreits, ausnahmsweise nicht zuwiderzuhandeln (5).
BGHSt 7,261: Der Anwalt verteidigte in einer Verkehrsstrafsache den Fahrer, der rechtskräftig wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt wurde. Später erhob er für den Verletzten Schadenersatzklage gegen den Fahrer, weil sich der Haftpflichtversicherungsverein, bei dem der Fahrer gegen Haftpflicht versichert war, weigerte, für den Schaden aufzukommen. Die Annahme des Täters, der gesetzliche Begriff der Rechtssache sei dem der Prozessache gleichzustellen, da die Interessen der Parteien im Strafverfahren andere seien als im Zivilprozess, ist als zu enge Auslegung des Begriffs "dieselbe Rechtssache" ein Verbotsirrtum (6).
Auch die weitere Fehlvorstellung des Anwalts, ein Gegensatz der rechtlichen Be-

---

1) BGHSt 7,23, 263, 265; 9,347; 12,99; 15,340; GA 1961,205/6; NJW 1962,1832
2) Vgl. oben S. 74
3) Siehe unten S. 90 ff.
4) Sachverhalt siehe oben S. 80
5) BGHSt 7,23; ähnliche Fragestellung in BGHSt 15,332; vgl. hierzu oben S. 81
6) BGHST 7,263

lange bestehen nicht, weil der Fahrer wegen des Klageanspruchs Versicherungsschutz geniesse und an der baldigen Befriedigung des Verletzten durch den Versicherungsverein selbst interessiert sei, der Erstmandant im Prozess deshalb nur eine "formale Parteistellung" einnehme, ist als unrichtige Gesetzesauslegung ein Irrtum über den Umfang des gesetzlichen Verbots (1).

BGHSt 9,341: Der Anwalt vertrat in der ersten (zurückgenommenen) Scheidungsklage die Ehefrau, in der alsbald wiederholten Klage den Ehemann. Seine Annahme, zwei aufeinanderfolgende Scheidungsprozesse seien nur dann dieselbe Rechtssache, wenn dieselben Scheidungsgründe vorgebracht werden, und nur in einem solchen Fall lägen auch entgegengesetzte Interessen vor, ist Verbotsirrtum in Gestalt des Subsumtionsirrtums (2).

Schon in früheren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof typische Fälle des Subsumtionsirrtums, ohne sie ausdrücklich als solche zu bezeichnen, als Verbotsirrtum behandelt. Hervorzuheben ist vor allem das Urteil des 5.Senats vom 11.12.1952 (3), das über einen Irrtum des Täters über den Begriff "dieselbe Rechtssache zu befinden hatte. Der Anwalt glaubte, er dürfe sich gegen die Interessen des Erstmandanten wenden, weil der zweite Auftraggeber nicht mit der Person identisch war, die als Gegner des ersten Auftrages angesehen wurde. Der Anwalt hielt also für den Begriff der einheitlichen Rechtssache Personenidentität der Beteiligten erforderlich. Der 5. Senat (4) erblickte hierin einen Verbotsirrtum.

Einen weiteren Fall des Subsumtionsirrtums entschied der 5.Senat in dem Urteil vom 2.2.1954 (5): Der Angeklagte hatte von seinem Klienten H. der zweimal mit seiner Ehescheidungsklage abgewiesen worden war, erfahren, dass die Zeugin D. in beiden Verfahren zu Ungunsten des H falsch ausgesagt habe. Er erörterte daraufhin mit H die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Scheidungsverfahrens oder einer dritten Scheidungsklage. Als die D auf Grund einer Strafanzeige des H wegen Meineids angeklagt wurde, beauftragte H den Angeklagten mit der Wahrnehmung seiner Interessen in diesem Verfahren. Auf Grund der erteilten Vollmacht hat der Anwalt die Staatsanwaltschaft um Übersendung der Anklageschrift. Trotzdem übernahm er auf Wunsch des H die Verteidigung der D. Er glaubte, zu ihrer Vertretung berechtigt zu sein, weil sie ein Geständnis abgelegt hatte und deshalb nur an einer möglichst milden Bestrafung interessiert gewesen sei. Daher habe zwischen H und D kein Interessenwiderstreit bestanden. Der Anwalt meinte also, der Interes-

---

1) BGHSt 7,261,265
2) BGHSt 9,347; vgl. auch OLG Düsseldorf NJW 1959,1051
3) BGH NJW 1953,430 mit Anmerkung von Schmidt-Leichner
4) BGH NJW 1953,431
5) BGHSt 5,284

senwiderstreit bestanden. Der Anwalt meinte also, der Interessengegensatz richte sich nach der persönlichen, subjektiven Auffassung der Klienten von der Interessenlage. Die rechtsirrige Annahme, der wirkliche Interessengegensatz sei unerheblich, weil beide Parteien ein gemeinschaftliches Interesse an einer milden Bestrafung zu haben glaubten, ist als zu enge Auslegung des gesetzlichen Begriffs ein Subsumtionsirrtum. Der 5. Senat hat den Irrtum als Verbotsirrtum qualifiziert (1).

c) Irrtum über die Einwilligung des Erstmandanten in die Vertretung der Gegenpartei:

Verbotsirrtum ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ferner die irrige Annahme des Täters, die Wahrnehmung der Interessen der Gegenpartei sei wegen des erklärten Einverständnisses des früheren Auftraggebers gerechtfertigt (2). Dem Irrtum über die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung des Klienten wird der Fall gleichgestellt, dass der Anwalt zu Unrecht das Einverständnis des ursprünglichen Auftraggebers mit der Vertretung der Gegenpartei angenommen hat (3).

d) Irrtum über vorgehende Berufspflichten

Zu der Frage, ob beim Parteiverrat eine Pflichtenkollision möglich ist, hat der Bundesgerichtshof noch nicht abschliessend Stellung genommen. In dem der Entscheidung BGHSt 4, 80 zugrunde liegenden Fall hat sich der Anwalt u. a. damit verteidigt, er sei der Überzeugung gewesen, dass er die einmal übernommene Vertretung der Gegenpartei nicht "grundlos" niederlegen dürfe. Dieses Vorbringen legte der 4. Senat zutreffend dahin aus, der Anwalt habe hiermit die irrige Annahme einer dem Verbot des § 37 Nr. 2 RAO/BZ (4) vorgehenden Berufspflicht geltend gemacht. Der Senat lehnte für den konkreten Fall das Eingreifen einer vorrangigen Berufspflicht mit der Begründung ab, dass die Treupflicht gegenüber dem Erstmandanten und vor allem die standesrechtliche Verpflichtung, sich der Achtung und des Vertrauens der Rechtsuchenden würdig zu erweisen, der Treupflicht gegenüber dem zweiten Auftraggeber vorgehe (5). Dagegen liess der 5. Senat in dem Urteil vom 2. 2. 1954 (6) überhaupt dahingestellt, ob in Ausnah-

---

1) BGHSt 5, 289; vgl. auch BGHSt 5, 301, 311
2) BGHSt 3, 403; 5, 289; 5, 311; 15, 340; Anw. Bl. 1954, 201; GA 1961, 206
3) BGHSt 4, 87 f.
4) Jetzt § 45 Nr. 2 BRAO
5) BGHSt 4, 87
6) BGHSt 5, 284 (288)

mefällen eine dem Prävarikationsverbot vorgehende Berufspflicht denkbar ist.

Nicht endgültig entschieden wurde ferner die Frage, wie die irrige Annahme einer rechtfertigenden Kollisionsnorm zu beurteilen ist. Während der 5. Senat die Entscheidung dieser Frage gleichfalls offen liess (1), bezeichnete der 4. Senat das entsprechende Vorbringen des Anwalts als "offensichtlich fehlgehend" (2) und behandelte den Irrtum des Täters als unbeachtlich.

2. Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Angesichts der zahlreichen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum Begriff der Sachidentität und der entgegengesetzten Interessen im Sinne des § 356 StGB hat Bruns (3) mit Recht festgestellt, dass die Figur des grundsätzlich unbeachtlichen Subsumtionsirrtums in der neueren Irrtumslehre einen selbständigen und wichtigen Platz beansprucht. Dies umso mehr, als der Bundesgerichtshof mit der Behandlung des Subsumtionsirrtums als einer Erscheinungsform des Verbotsirrtums auch im Schrifttum überwiegend Anerkennung gefunden hat (4). In der Literatur scheint bisher nicht erkannt worden zu sein, dass die Einordnung des Subsumtionsirrtums in die Kategorie des abstrakten Verbotsirrtums eine modifizierte Subsumtionstheorie im Sinne v. Liszt's darstellt (5). Während v. Liszt für den Vorsatz richtige Subsumtion des Sachverhalts unter das Gesetz verlangte, der Auslegungsirrtum also gemäss § 59 Abs. 1 StGB den Vorsatz ausschloss, begnügt sich der Bundesgerichtshof mit der Möglichkeit richtiger Subsumtion. Der Subsumtionsirrtum lässt zwar den Tatbestandsvorsatz unberührt, ist aber im Rahmen der Lehre vom Verbotsirrtum beachtlich. Diese Judikatur ist m. a. W. eine Kombination der Verbotsirrtumslehre mit der v. Liszt'schen Subsumtionstheorie.

Als Positivum der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist es anzusehen, dass ihr die Lösung des mitunter recht schwierigen Problems gelungen ist, im Bereich des Parteiverrats den Tatbestandsirrtum über rechtsbegriffliche Merkmale (Identität

---

1) Siehe Anm. 6 S. 87
2) Siehe Anm. 5 S. 87
3) Der untaugliche Täter, S. 19 a. E.
4) Vgl. Maurach, BT, S. 680; Welzel S. 448; JZ 1955, 455; Werner, LK, Anm. VIII; Kohlrausch-Lange Anm. VIII; Dalcke Anm. 5; Schwarz-Dreher Anm. 2A, 2Ba; Dreher-Maassen Anm. 5; Kalsbach, BRAO § 45 Anm. 2 Ziff. VIc; ders. Standesrecht, S. 397 ff.; AnwBl. 1954, 192 f.; v. Weber GA 1953, 162; Jescheck GA 1956, 102; GA 1958, 6; Geppert S. 140 f. = MDR 1960, 626 ff.; Kreutzer NJW 1955, 1308; a. A. (der Subsumtionsirrtum sei Tatbestandsirrtum) Schmidt-Leichner NJW 1953, 431, 472
5) Eingehend dazu oben S. 55 ff.

der Rechtssache, Interessengegensatz) von dem blossen Auslegungs- oder Subsumtionsirrtum über den entsprechenden Rechtsbegriff abzugrenzen (1). Aus diesem Grunde ist die von Schröder (2) geübte Kritik insoweit unberechtigt, als sie dem Bundesgerichtshof vorwirft, die in neuester Zeit zum Parteiverrat ergangenen Entscheidungen (3) zeigten das Bestreben, im Bereich der normativen Tatumstände die alte Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsirrtum wiederaufzunehmen. Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen der in § 356 StGB enthaltenen normativen Begriffe "dieselbe Rechtssache" und "pflichtwidrig dienen" werde als vorsatzausschliessender Tatbestandsirrtum nach § 59 StGB behandelt, während die auf einer unrichtigen Interpretation dieser Begriffe beruhende Nichtsubsumtion Verbotsirrtum in der Form des Subsumtionsirrtums sei. Der Tatsachenunkenntnis stehe die Bewertungsunkenntnis gegenüber. Die Bedenken, die gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts erhoben worden seien, würden nur dadurch gemildert, dass der Subsumtionsirrtum als Verbotsirrtum wenigstens relative Bedeutung habe und nicht mehr völlig unbeachtlich sei. Diese Beweisführung überzeugt jedoch nicht. Eine genaue Analyse der von Schröder angeführten Entscheidungen zeigt, dass sich der Bundesgerichtshof für den Prävarikationsvorsatz nicht mit der Kenntnis derjenigen Tatsachen begnügt, von deren Vorliegen auf die Erfüllung der gesetzlichen Tatumstände geschlossen werden kann. In jedem dieser Fälle hatte der Anwalt sowohl die relevanten Tatsachen erkannt, als auch die rechtliche Bedeutung des Sachverhalts erfasst. Die fehlerhafte Vorstellung bestand nicht in einer mangelnden Bedeutungskenntnis, sondern in der unrichtigen Auslegung eines Gesetzesbegriffs und der darauf beruhenden Nichtsubsumtion des Geschehens unter diesen Begriff (4). Von einer Rückkehr des Bundesgerichtshofs zu dem überwundenen Gegensatzpaar Tat- und Rechtsirrtum mit neuer Terminologie kann somit nicht gesprochen werden. In der höchstrichterlichen Judikatur ist, wie auch Schröder (5) einräumen muss, ausdrücklich anerkannt, dass auch irrige Wertung den Vorsatz ausschliesst, so z.B., wenn der Täter infolge rechtsirriger Beurteilung der Belange seiner Auf-

---

1) Gegen diese Unterscheidung Schmidt-Leichner NJW 1953, 431, 472 und neuerdings Lang-Hinrichsen, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, S. 103. Beide Autoren verkennen jedoch, dass die Aufgabe dieser Unterscheidung die Anerkennung der allseits abgelehnten v. Liszt'schen Subsumtionstheorie bedeuten würde.

2) Schönke-Schröder Anm. IV; § 59 Anm. III/7c

3) Gemeint sind BGHSt 5, 284; 7, 17, 261; 9, 341

4) Vgl. oben S. 85 betr. BGHSt 7, 17; S. 85 f. betr. BGHSt 7, 261 und 9, 341; S. 86 f. betr. BGHSt 5, 284

5) Schönke-Schröder Anm. IV

traggeber die materielle Identität der Rechtssache oder die Gegensätzlichkeit der Interessen nicht erkennt . In folgerichtiger Anwendung der vom Grossen Strafsenat in BGHSt 2, 194 ff. entwickelten Grundsätze unterscheidet der Bundesgerichtshof daher auch beim Parteiverrat zwischen dem Irrtum über Tatumstände (§ 59 StGB) und dem Irrtum über die entsprechenden Rechtsbegriffe, nicht aber zwischen den tatsächlichen Voraussetzungen der Tatbestandsmerkmale und den rechtlichen Schlussfolgerungen hieraus.

Lässt man die vorstehenden kritischen Äusserungen von Schmidt-Leichner, Lang-Hinrichsen und Schröder ausser Betracht, so könnte die Übereinstimmung, die zwischen Rechtsprechung und Schrifttum in der Frage der strafrechtlichen Behandlung des Subsumtionsirrtums besteht, zu der Annahme verleiten, der Bundesgerichtshof gelange beim Parteiverrat auf konstruktiv sauberem Wege zu sachgerechten Ergebnissen (2) . Zwar stellt die Qualifizierung des Subsumtions irrtums als Unterfall des Verbotsirrtums eine einheitliche und klare Lösung des Problems dar, die im Interesse der Rechtssicherheit durchaus zu begrüssen ist. Es ist ferner zuzugeben, dass diese Auffassung im Einzelfall zu vernünftigen Ergebnissen führt, so dass ihr auch nicht Ungerechtigkeiten bei der praktischen Handhabung vorgeworden werden können. In dogmatischer Hinsicht müssen jedoch grundsätzliche Bedenken gegen die höchstrichterliche Judikatur erhoben werden. Ausgangspunkt ihrer Irrtumslehre beim Parteiverrat ist die als nicht beweisbedürftig angesehene Behauptung: Der Subsumtionsirrtum i s t ein Verbotsirrtum. Unbesehen und ohne genaue Prüfung bezeichnet ihn der Bundesgerichtshof als eine Erscheinungsform des Verbotsirrtums. Zwar ist jede unrichtige Tätervorstellung nach Verneinung eines Tatbestandsirrtums noch unter dem Gesichtspunkt des Verbotsirrtums zu prüfen. Die kategorische Feststellung, der Auslegungsirrtum ist ein Verbotsirrtum, ist jedoch eine ebenso unzureichende Begründung wie der reichsgerichtliche Satz von der Unbeachtlichkeit des Strafrechtsirrtums.

Die Auffassung des Bundesgerichtshofs und der ihm folgenden Lehre ist abzulehnen, weil sie mit Begriff und Wesen des Verbotsirrtums nicht zu vereinbaren ist. Der Subsumtionsirrtum besteht in der Verkennung des gesetzlichen Begriffs eines Tatbestandsmerkmals. Er ist lediglich ein Irrtum über den Umfang dieses Begriffs und damit über den Umfang des Strafgesetzes selbst (3). Als eine Unterart des Verbotsirrtums lässt er sich nur dann auffassen, wenn man der Strafsatzung die Funktion beilegt, die im Tatbestand beschriebene Handlung als rechtswidrig zu

---

1) BGHSt 7, 263/4; 15, 338; OLG Düsseldorf NJW 1959, 1051

2) So ausdrücklich Niese JZ 1957, 662 links oben

3) Welzel S. 156; ders. Bild, S. 65 f.; Baumann, AT, S. 325; Schönke-Schröder § 59 Anm. III/7 vor a.

bewerten (1). Der Tatbestand enthält aber keine endgültige und konstitutive Normierung des Rechtswidrigkeitsurteils, sondern ist die sachliche, gegenständliche Beschreibung des strafrechtlich relevanten, normwidrigen Verhaltens (2). Die Ge- und Verbote sind die dem Strafgesetz vorgelagerten, ihm gegenüber selbständigen Rechtssätze, die als geschriebene oder umgeschriebene Normen des Gemeinschaftslebens (Sittenordnung, Kulturanschauung, Rechtsüberzeugung) bestimmte Verhaltensweisen ge- oder verbieten (3). Der Verbotsirrtum bezieht sich deshalb nicht auf die rechtliche Tragweite des Strafgesetzes und der darin enthaltenen Begriffe, also nicht auf den Umfang des Strafrechtsschutzes, sondern ausschliesslich auf die Rechtswidrigkeit der Gesamttat. Der Begriff des Verbotsirrtums ist seinem Wesen nach auf den Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat im ganzen beschränkt. Ausserhalb desselben bleiben alle Fehlvorstellungen des Täters, die sich auf die im Tatbestand verwendeten Begriffe und demgemäss nur auf ein Teilstück des Straftatbestandes beziehen. Es ist daher unzutreffend, wenn der Bundesgerichtshof davon spricht, der Subsumtionsirrtum sei ein Verbotsirrtum. Er ist weder Tatbestands- noch Verbotsirrtum (4).

Auch vom kriminalpolitischen Standpunkt aus ist die Irrtumsjudikatur zu § 356 StGB nicht unbedenklich. Durch die generelle Anerkennung der Erheblichkeit des Subsumtionsirrtums im Rahmen der Verbotsirrtumslehre wird der Strafrechtsschutz in nicht unbedeutendem Masse dem subjektiven Urteil des Täters ausgeliefert; denn jede zu enge Gesetzesauslegung durch ihn hat zur Folge, dass er sich mit Erfolg auf einen Verbotsirrtum berufen kann. Die Strafbarkeit hängt damit von der sachlich vielleicht völlig abwegigen Gesetzesinterpretation durch den Täter ab. Dieser Subjektivismus wird zwar weitgehend wieder korrigiert durch die äusserst strengen Anforderungen, die der Bundesgerichtshof an die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums beim Parteiverrat stellt (5). Wegen der Anwendung der Regeln des Verbotsirrtums bleibt aber immer noch die Möglichkeit bestehen, die unrichtige Gesetzesauslegung des Täters als schuldmindernd zu berücksichtigen und durch eine entsprechend mildere Strafe zu prämiieren.

---

1) So die Lehre vom Tatbestand als "Unrechtstypus" vertreten von Mezger, Lb. S. 176, 182, 184; ders. StuB. AT, S. 97; NJW 1953, 2; ders. LK § 59 Anm. I/2; Sauer, Grundlagen, S. 307, 339; ders. Allgem. StrRL, S. 57, 63; Schröder ZStW 65, 185, 193; Lang-Hinrichsen JR 1952, 303; JZ 1953, 367; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewusstsein, S. 169; JZ 1954, 654.
2) Maurach, AT, S. 24, 120, 178, 182, 235; Welzel S. 46; ders. Bild, S. 15
3) Maurach, AT, S. 120, 174 ff.; vgl. auch BGHSt 15, 383
4) Im Ergebnis ebenso Schönke-Schröder § 59 Anm. III/7e
5) Vgl. unten S. 102ff.

3. Eigene Lösung

a) Abstrakter Verbotsirrtum

Ein Irrtum des Anwalts über die Existenz der Verbotsnorm als solcher ist wohl theoretisch denkbar, praktisch aber ausgeschlossen. Er könnte nur angenommen werden, wenn der Anwalt die berufliche Wahrnehmung entgegengesetzter Interessen in derselben Rechtssache für schlechthin erlaubt hielte, weil er das Bestehen einer den Parteiverrat verbietenden Norm überhaupt nicht kennt. Dieser Fall kommt im praktischen Rechtsleben nicht vor. Jedem Anwalt ist auf Grund seiner juristischen Vorbildung sowohl die Strafvorschrift des § 356 StGB als auch die standesrechtliche Verbotsnorm des § 45 Nr. 2 BRAO bekannt.

Trotz allgemeiner Kenntnis des Prävarikationsverbots ist ein abstrakter Verbotsirrtum auch dann gegeben, wenn der Anwalt die Verbotsnorm im Einzelfall verkennt. Hält er die konkrete Tatbestandsverwirklichung für erlaubt, ist er also der Überzeugung mit dieser Handlung kein Unrecht zu tun, so befindet er sich infolge mangelnden Unrechtsbewusstseins ebenfalls in einem Verbotsirrtum. Inwieweit dies beim Parteiverrat der Fall ist, soll im folgenden näher untersucht werden.

Auszugehen ist von der Erkenntnis der modernen Schuldlehre, dass das Unrechtsbewusstsein ein wesentlicher Bestandteil der Schuld ist. Da jedes Verbrechen zu seiner Bestrafung Schuld voraussetzt, muss sich auch das Unrechtsbewusstsein auf die dem jeweiligen Straftatbestand zugrunde liegende Verbotsnorm beziehen (1). Man spricht daher auch von einem "tatbestandsbezogenen" Unrechtsbewusstsein (2). Nicht ausreichend ist das allgemeine Bewusstsein, Unrecht zu tun (3), oder die allgemeine Kenntnis, dass Angriffe auf das in Rede stehende Rechtsgut verboten sind (4). Eine solche Auffassung würde dem Wesen der Schuld als eines persönlichen Unwerturteils über den Täter wegen der von ihm begangenen Tat nicht gerecht werden.

Auf den Parteiverrat übertragen, bedeuten diese Grundsätze: Das Unrechtsbewusstsein besteht in der Kenntnis des Verbotenseins der Tat gerade unter dem normativen Gesichtspunkt der Prävarikation. Es genügt hierbei, wenn der Täter

---

1) Maurach, AT, S. 385; Schönke-Schröder § 59 Anm. VI/2; BGHSt 10, 35(39) = JZ 1957, 549 mit zust. Anm. von Jescheck.
2) BGHSt 10, 39; 15, 356
3) BGHSt 10, 39
4) BGHSt 10, 39 f.; ebenso bereits BGHSt 2, 209: Der Täter muss das Unrecht "dieser Tatbestandsverwirklichung" kennen.

die vom Straftatbestand umfasste spezifische Rechtsgutverletzung als Unrecht erkennt (1). Der Anwalt muss sich bewusst sein, dass seine Tätigkeit gegen die dem § 356 StGB zugrunde liegende Verbotsnorm verstösst, dass m.a.W. die Wahrnehmung entgegengesetzter Interessen in derselben Rechtssache für beide Mandanten unrechtmässig ist. Damit ist der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins beim Parteiverrat bestimmt.

Eine andere, ungleich schwierigere Frage ist, wieviel der Anwalt von der Rechtswidrigkeit wissen muss, damit man von Verbotskenntnis sprechen kann. Es erhebt sich also die Frage nach dem Umfang und der Intensität des Unrechtsbewusstseins. Dessen streng tatbestandsgebundene Auffassung geht jedenfalls nicht so weit, dass der Täter wissen müsste, in welcher Weise das mit der Tat begangene Unrecht geahndet wird. Die Verbotskenntnis wäre sonst gleichbedeutend mit Gesetzeskenntnis oder Kenntnis der Strafbarkeit, was allgemein abgelehnt wird (2). Der Täter braucht auch nicht die Quelle oder Erscheinungsform des Verbots zu kennen (3). Dies gilt jedenfalls für diejenigen Verbotsnormen, die den Straftatbeständen des Kriminalstrafrechts zugrunde liegen (4), denn sie gehören überwiegend dem ungeschriebenen Recht an.

Für den Inhalt des Unrechtsbewusstseins beim Parteiverrat ergibt sich hieraus eine wichtige Folgerung: Die Verbotskenntnis hängt nicht davon ab, ob dem Anwalt das standesrechtliche Verbot des § 45 Nr. 2 BRAO dem genauen Wortlaut nach bekannt ist. Es würde daher auch viel zu weit gehen, wollte man vom Täter verlangen, dass er den Sachverhalt richtig unter die Begriffsmerkmale des § 45 Nr. 2 BRAO einordnet. Wie bei der Bestimmung des intellektuellen Vorsatzelements genügt auch für das Vorliegen des Unrechtsbewusstseins eine "laienhafte", dem Willen der Rechtsordnung parallel gehende Wertung des Täters (5). Hierzu bedarf es keiner rechtstechnischen Beurteilung. Der Täter hat die wertmässig richtige Schlussfolgerung aus dem Sachverhalt bereits dann gezogen, wenn er in einer seiner Gedankenwelt entsprechenden allgemeinen Wertung das Unrechtmässige der Tat erkannt hat (6). Der Anwalt braucht sich daher des Normverstosses der ihm vorgeworfenen Tat nicht mit der Intensität bewusst zu sein, wie sie in § 45 Nr. 2 BRAO gesetzlichen Ausdruck gefunden hat. Erforderlich und ausrei-

---

1) BGHSt 15, 377, 383
2) BGHSt 2, 202; 10, 41; Maurach, AT, S. 377 f.; Mezger, StuB, AT, S. 187 a.E.; Baumann, AT, S, 337; Schönke-Schröder § 59 Anm. VI/2
3) Maurach, AT, S. 378; BGHSt 2, 202
4) Für das Nebenstrafrecht vgl. Schönke-Schröder a.a.O.; Lange, JZ 1956, 73 ff., insbes. S. 79; BGHSt 2, 203
5) Siehe Anm. 3)
6) BGHSt 2, 202; 10, 41; ähnlich Jescheck JZ 1957, 551 f.

chend ist das Bewusstsein der Standeswidrigkeit.

Für dessen inhaltliche Bestimmung ist von grundlegender Bedeutung, dass die Verantwortlichkeit des Anwalts nach dem Disziplinarrecht in verschiedener Richtung strenger ist als nach dem StGB. Das Verbot des § 45 Nr. 2 BRAO ist nicht auf die Vertretung entgegengesetzter Interessen in derselben Rechtssache beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die Erweckung des Anscheins, widerstreitende Belange zu vertreten (1). Der Anwalt muss selbst den Anschein, gegensätzliche Interessen wahrzunehmen, vermeiden und jeden Auftrag ablehnen, bei dem ein solcher Verdacht auftauchen kann. Andernfalls macht er sich nach § 45 Nr. 2 BRAO haftbar. Diese weitgehende Auffassung ist deshalb berechtigt, weil bereits durch den blossen Anschein doppelseitigen Verhaltens das Vertrauen des rechtssuchenden Publikums in die Geradlinigkeit des anwaltlichen Handelns und damit in die Integrität des Anwaltsstandes erschüttert wird. Das für die Kenntnis des Verbotenseins der konkreten Tatbestandsverwirklichung ausreichende Bewusstsein der Standeswidrigkeit ist daher gegeben, wenn der Anwalt weiss, dass er das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der Anwaltsinstitution deshalb erschüttert, weil er mit seinem Verhalten bei einem objektiv Urteilenden den Verdacht erweckt, in eine Interessenkollision verwickelt zu sein. Vollzieht der Anwalt diese Wertung nicht, so ist er sich der Widerrechtlichkeit seines Handelns nicht bewusst; er befindet sich sodann in einem Verbotsirrtum.

Obwohl die BRAO auf die Rechtsbeistände im Sinne des § 356 StGB nicht anwendbar ist, gelten die soeben entwickelten Grundsätze auch für diesen Täterkreis des Parteiverrats. Mangels disziplinarrechtlicher Vorschriften für die Rechtsbeistände kann zwar nicht von einem Bewusstsein der Standeswidrigkeit gesprochen werden. Das Unrechtsbewusstsein ist aber nach denselben rechtlichen Gesichtspunkten zu bestimmen wie bei den Anwälten. Im weiteren Sinne gehören auch die Rechtsbeistände zu den Organen der Rechtspflege. Als solche haben sie die Berufspflicht, sich des von der Öffentlichkeit entgegengebrachten Vertrauens würdig zu erweisen. Diese Pflicht wird verletzt, wenn sie durch die Übernahme eines Mandats den Anschein der Vertretung entgegengesetzter Interessen erwecken. Sachlich besteht somit zwischen der Standeswidrigkeit des Rechtsanwalts und der Berufspflichtwidrigkeit des Rechtsbeistandes kein Unterschied. Für den Umfang des Unrechtsbewusstseins der Rechtsbeistände gelten daher die oben dargelegten Grundsätze entsprechend.

Bedingtes und unbedingtes Unrechtsbewusstsein stehen einander gleich.

---

1) Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. VII (mit weiteren Nachweisen aus der Ehrengerichtsbarkeit); ders. Standesrecht, S. 408; ders. Cüppers-Gedenkschrift, S. 258 f.; ferner RG JW 1937, 2965; BGH NJW 1953, 431.

Hat der Täter die Vorstellung, mit der Vertretung widerstreitender Interessen in derselben Rechtssache oder mit der Erweckung eines solchen Anscheins möglicherweise Unrecht zu tun, und nimmt er diese Möglichkeit in seinen Willen auf, so ist er sich des Verbotenseins der Handlung bewusst (1). Ein Verbotsirrtum scheidet in diesem Falle aus.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung lässt sich dahin zusammenfassen, dass die Anforderungen an das Unrechtsbewusstsein beim Parteiverrat nicht überspannt werden dürfen. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle stellt sich die Berufung des Anwalts auf einen Verbotsirrtum als blosse Schutzbehauptung heraus. Regelmässig kann das Fehlen des Unrechtsbewusstseins nur dann angenommen werden, wenn es sich um einen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht verwickelten Interessenkonflikt handelt, der dem Anwalt das Verbotensein der Tatbestandserfüllung nicht zum Bewusstsein kommen lässt.

Ein komplizierter Sachverhalt liegt z. B. der Entscheidung BGHSt 12, 96 zugrunde: Der Anwalt entwarf zunächst im Auftrag einer Wohnbau-Treuhandgesellschaft das Muster eines "Teilhabervertrages", der die Rechtsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und den Wohnungseigentümern sowie deren Rechtsbeziehungen untereinander regelte. Der Vertrag enthielt die Klausel, dass der Gesellschaft die Verwaltung der Häuser "zunächst unwiderruflich bis zur Tilgung aller Fremdmittel" zustehe. Für diese Tätigkeit erhielt sie ein Verwaltergeld. Die Gemeinschafter eines Hauses, in dem auch der Anwalt einen Wohnungseigentumsanteil besass, kündigten später der Gesellschaft die Verwaltung und bestellten den Angeklagten zum neuen Verwalter. Daraufhin klagte die Gesellschaft gegen einen Anteilsberechtigten auf Zahlung des Verwaltungsgeldes mit der Begründung, die Kündigung des Verwaltervertrages sei unwirksam. Diesen Rechtsstreit führte der Anwalt als Prozessbevollmächtigter des Beklagten. Ausserdem erhob er im eigenen Namen und als Prozessvertreter der übrigen Hausgemeinschafter Ausgleichsklage gegen die Gesellschaft, weil diese ihren Anteil am Wohnungsgeld nicht an ihn als den neuen Verwalter entrichtet hat.

Bei dieser eigenartigen Sach- und Rechtslage hat der 1. Senat die Möglichkeit eines Verbotsirrtums mit Recht bejaht (2). Wegen der Gleichheit der im eigenen und im fremden Namen geltend gemachten Ansprüche kann dem Anwalt nicht zum Bewusstsein gekommen sein, dass er mit seinem Verhalten bei einem unbefangenen Dritten zumindest den Eindruck erweckt, beruflich entgegengesetzte Belange zu vertreten. Auf Grund dieser Fehlvorstellung kann er der irrigen Annahme gewesen sein, die gleichzeitige Wahrnehmung eigener und fremder entgegengesetzter Interessen beeinträchtige nicht das Vertrauen der

---

1) BGH JR 1952, 285; BGHSt 4, 4; BayObLG GA 1956, 127; Maurach, AT, S. 384
2) Vgl. oben S. 84

Allgemeinheit in die Geradlinigkeit seiner beruflichen Tätigkeit und sei deshalb erlaubt.

b) Subsumtionsirrtum

Die kritische Würdigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ergeben, dass der Subsumtionsirrtum, der beim Parteiverrat von grosser praktischer Bedeutung ist und zahlenmässig mehr als die Hälfte aller Irrtumsfälle ausmacht, keine Spielart des Verbotsirrtums darstellt. Da er seinem rechtlichen Wesen nach auch kein Tatbestandsirrtum ist, erhebt sich die Frage, ob es bei der völligen Unbeachtlichkeit des Auslegungsirrtums bleibt oder ob er wenigstens in Einzelfällen das Unrechtsbewusstsein des Täters beeinflusst. Mit Welzel (1) ist davon auszugehen, dass der Subsumtionsirrtum eine zweifache Bedeutung hat:

Bezieht er sich lediglich auf die Strafbarkeit des Verhaltens, dessen Rechtswidrigkeit dem Täter anderweitig bekannt ist, so ist er völlig unbeachtlich. Die Unerheblichkeit folgt aus dem Umstand, dass die Strafbarkeit nur eine Rechtsfolge des Verbrechens ist, auf die sich weder Vorsatz noch Unrechtsbewusstsein zu beziehen brauchen (2).

Betrifft der Auslegungsirrtum dagegen nicht nur die Strafbarkeit, sondern auch das Verbotensein der Handlung, verschleiert er also dem Täter die Rechtswidrigkeit seines Tuns, so handelt es sich um einen Verbotsirrtum. Die Nichtsubsumtion des Sachverhalts unter die gesetzlichen Begriffe ist daher rechtserheblich, wenn sie zur Annahme der Erlaubtheit der Handlung führt. In diesem Fall wird der Subsumtionsirrtum zur Grundlage eines Verbotsirrtums (3). In welchem Umfang dies beim Parteiverrat zutrifft, soll nunmehr näher untersucht werden.

Nach Auffassung von Welzel (4) hat die mangelnde Subsumtion des Geschehens unter die Begriffe des § 356 StGB stets einen Verbotsirrtum des Anwalts zur Folge. Versteht dieser unter dem Begriff derselben Rechtssache etwa nur den einzelnen Anspruch, so befinde er sich nicht bloss in einem Irrtum über die Strafbarkeit seines Verhaltens, dessen Rechtswidrigkeit er bereits anderweitig (z.B. aus § 45 Nr.2 BRAO) kenne, sondern er irre sich auch über das Verbotensein der Tat. Der Irrtum erstrecke sich sowohl auf das Strafgesetz (§ 356 StGB) als auch auf die dem Strafgesetz zugrunde liegende Verbotsnorm (§ 45 Nr.2 BRAO).

Welzel stimmt somit im Ergebnis mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überein, denn er behandelt gleichfalls jeden Auslegungsirrtum des Anwalts nach den Regeln des Verbotsirrtums. Ähnlich dem Bundesgerichtshof bleibt aber

---

1) Lb., S.156 f.; Bild, S.66; JZ 1954, 279
2) Ebenso Maurach, AT, S.377; Baumann, AT, S.337
3) Ebenso Maurach, AT, S.228; Baumann, AT, S.326
4) Lb.S.157; Bild, S.66; JZ 1954, 280

auch Welzel den Nachweis für seine Behauptung schuldig, der Subsumtionsirrtum des Anwalts habe stets einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Gesamttat zur Folge. Wegen der zweifachen strafrechtlichen Bedeutung des Subsumtionsirrtums braucht nicht jede unrichtige Gesetzesauslegung zur Annahme der Erlaubtheit der Handlung zu führen. Mit Recht weist Kreutzer (1) darauf hin, dass die mangelnde Unterordnung des Sachverhalts unter die gesetzlichen Begriffe regelmässig nur die Vorstellung der Strafbarkeit beseitigt (2) und nur ausnahmsweise dem Täter auch die Widerrechtlichkeit seiner Handlung verschleiert. Entgegen der Ansicht Welzels ist deshalb auch beim Parteiverrat in jedem Einzelfall zu prüfen, ob sich der Subsumtionsirrtum lediglich auf die Strafbarkeit bezieht oder ob er ausserdem das Fehlen des Unrechtsbewusstseins bewirkt.

Eine dogmatisch wie praktisch gleichermassen befriedigende Lösung des Problems kann nur dadurch erzielt werden, dass die allgemeinen Grundsätze bezüglich des Unrechtsbewusstseins auf den speziellen Fall des Subsumtionsirrtums angewendet werden. Kennt der Anwalt trotz unrichtiger Gesetzesauslegung den rechtsgutverletzenden Charakter seiner Tätigkeit und damit deren Unrechtmässigkeit, so ist der Subsumtionsirrtum unbeachtlich, weil er nur die Strafbarkeit des als rechtswidrig erkannten Verhaltens betrifft. Dabei ist nochmals zu betonen, dass für das Vorhandensein des Unrechtsbewusstseins keine exakte Subsumtion des Sachverhalts unter die Vorschrift des § 45 Nr.2 BRAO erforderlich ist. Ein Verbotsirrtum kommt trotz unrichtiger Gesetzesauslegung nicht in Betracht, sofern der Anwalt parallelwertend das Unrechtmässige seiner Tätigkeit erkannt hat. Diese Annahme ist bei zwei Fallgestaltungen des Parteiverrats geboten.

Erstens: Ein Irrtum über den Begriff der Sachidentität oder des Interessengegensatzes bezieht sich ausschliesslich auf die Strafbarkeit der beruflichen Tätigkeit, wenn der Anwalt noch vor Erledigung des übernommenen Auftrages zur Gegenpartei überwechselt. In diesem Fall drängt sich dem Anwalt zwangsläufig die Vorstellung auf, dass er mit der Wahrnehmung der Interessen der Gegenpartei bei einem objektiv urteilenden Dritten zumindest den Verdacht doppelseitigen Dienens hervorruft. Er weiss daher, dass sein Verhalten in Widerspruch steht zu dem standesrechtlichen Verbot, das öffentliche Vertrauen in die Geradlinigkeit der anwaltlichen Interessenvertretung zu erschüttern. Da er die rechtsgutsverletzende Eigenschaft seiner Handlung kennt, ist er sich in ausreichendem Masse über deren rechtlichen Unwert im klaren. Der Auslegungsirrtum in bezug auf einen der beiden Gesetzesbegriffe und die darauf beruhende Nichtsubsumtion des Sachverhalts unter § 356 StGB beseitigen nur die Vorstellung der Strafbarkeit. Der Subsumtionsirrtum ist somit unbeachtlich.

---

1) NJW 1955, 1308

2) Beispiele bezüglich § 303 StGB bei Welzel JZ 1954, 279

Zu dieser ersten Gruppe gehören drei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs:
In dem der Entscheidung des 5. Senats vom 11.12.1952 (1) zugrunde liegenden Fall erhob der Anwalt in der gegen Wilhelm K. geführten Strafsache namens des H bei der Staatsanwaltschaft Beschwerde gegen die Einstellung des Verfahrens, weil der gestellte Strafantrag gegen Wolfgang K. "erstrebt worden" sei. Auf die Beschwerde nahm die Staatsanwaltschaft das Verfahren wieder auf, in dessen Verlauf gegen Wilhelm K. ein Strafbefehl erlassen wurde. Nunmehr legte der Anwalt namens des Wilhelm K. Einspruch gegen den Strafbefehl ein. Nach den Urteilsfeststellungen irrte er über den Begriff "dieselbe Rechtssache", weil er wegen des nur gegen Wolfgang K. gestellten Strafantrages nicht den Interessengegner des Erstmandanten vertreten habe. Dem Anwalt ist hier die Erweckung des Anscheins, gegensätzliche Belange zu vertreten, nicht verborgen geblieben, denn er wusste, dass auf die für H eingelegte Beschwerde das Verfahren gegen Wilhelm K. wieder aufgenommen wurde, in dessen Namen er später Einspruch gegen den Strafbefehl erhob. Auf Grund des ihm bekannten Verdachts einer Interessenkollision wusste er ferner, dass sein Verhalten dem öffentlichen Vertrauen in die Integrität seiner Berufstätigkeit abträglich ist und deshalb als unrechtmässig gewertet wird. Der Subsumtionsirrtum bezog sich also nur auf die Strafbarkeit, nicht auf das Verbotensein der Tat. Entgegen der Auffassung des 5. Senats (2) befand sich der Anwalt in keinem Verbotsirrtum.

Über einen Subsumtionsirrtum bezüglich des Interessenwiderstreits hat der Bundesgerichtshof schon wiederholt entschieden (3). In beiden Fällen (4) übernahm der Anwalt schon vor Erledigung und Niederlegung des Erstmandats die Vertretung der Gegenpartei. Aus den oben (5) näher dargelegten Gründen handelte er in Kenntnis der Widerrechtlichkeit seiner Tat, so dass der Subsumtionsirrtum strafrechtlich irrelevant ist (6).

Z w e i t e n s: Ist der frühere Auftrag bereits erledigt, so hat die unrichtige Auslegung des Begriffs "dieselbe Rechtssache" oder "im entgegengesetzten Interesse" dann keinen Verbotsirrtum des Anwalts zur Folge, wenn die Parteien, die sich im Rahmen des zweiten Mandats als Interessengegner gegenüberstehen, mit denen des Erstmandats personengleich sind. Häufig handelt es sich dabei um solche Fälle, in denen aus einem einheitlichen Tatsachenkomplex verschiedene Rechtsfolgen

---

1) BGH NJW 1953, 430 mit Anm. von Schmidt-Leichner
2) BGH NJW 1953, 431
3) BGHSt 7, 17; 15, 332
4) Näher hierzu bereits oben S. 80ff.
5) c. 97
6) a. A. BGHSt 7, 22f.; 15, 340

hergeleitet werden (1) oder die an einem bestimmten Lebensverhältnis beteiligten Personen wiederholt die Auflösung der bestehenden rechtlichen Bindung begehren (2). Auf die Begründung und Art der jeweils geltend gemachten Ansprüche oder Rechtsfolgen kommt es nicht an. Entscheidend ist allein die Identität der Personen, die Auftraggeber und Auftragsgegner der beiden Mandate sind (3). Soweit dies zutrifft, ist es für den Anwalt offensichtlich, dass das Überwechseln zur Gegenpartei denEindruck gegensätzlicher Interessenvertretung erweckt. Mit dieser Kenntnis ist das Bewusstsein verbunden, dass die Wahrnehmung der rechtlichen Belange des Zweitmandanten unvereinbar ist mit der standesrechtlichen Pflicht, das Vertrauen der Rechtsuchenden in die einseitige, geradlinige Interessenvertretung der Anwälte nicht zu beeinträchtigen. Dieses Bewusstsein der Standeswidrigkeit vermittelt dem Anwalt ein ausreichendes Vorstellungsbild vom Verbotensein der Tat gerade unter dem Gesichtspunkt des Parteiverrats. Vom Standpunkt der hier vertretenen Auffassung haben die zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen die Verbotskenntnis des Anwalts zu Unrecht verneint. Der Täter befand sich nur in einem Irrtum über die Strafbarkeit seines Verhaltens.

Nach Ausscheidung dieser Fälle des Subsumtionsirrtums kann die mangelnde Unterordnung des Sachverhalts unter die Begriffe des § 356 StGB nur dann einen Verbotsirrtum des Anwalts zur Folge haben, wenn er sich nach Erledigung des erteilten Auftrages für die Interessen einer solchen Partei einsetzt, die mit der Person des Gegners des Erstmandanten nicht identisch ist. Bei Personenverschiedenheit ist es möglich, dass ein Subsumtionsirrtum dem Anwalt das Verbotensein der gegensätzlichen Interessenvertretung in derselben Rechtssache nicht zum Bewusstsein kommen lässt. Wegen der Verschiedenheit der Personen, die sich nacheinander als Interessengegner gegenüberstehen, ist der Verdacht einer Interessenkollision nicht so offensichtlich, als dass er vom Anwalt schlechterdings nicht übersehen werden könnte. Ob sich der Auslegungsirrtum nur auf die Strafbarkeit bezieht oder dem Anwalt auch das Verbotensein der Tat verschleiert, kann in solchen Fällen nur nach sorgfältiger Analyse der Überlegungen entschieden werden, von denen der Anwalt bei seiner Tätigkeit geleitet wurde.

c) Konkreter Verbotsirrtum

Beim konkreten Verbotsirrtum hält der Täter seine Handlung für erlaubt, weil er irrig das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes annimmt. Der Irrtum

---

1) Z.B. zivil- und strafrechtliche; vgl. BGHSt 7, 261; AnwBl. 1954, 199; GA 1961, 206; OLG Hamm NJW 1955, 803; OLG Düsseldorf NJW 1959, 1050

2) Z.B. mehrere nacheinander erhobene Klagen auf Scheidung derselben Ehe; vgl. BGHSt 4, 80; 9, 341; 17, 305

3) Vgl. BGHSt 5, 284, 301

kann einmal darauf beruhen, dass er die tatsächlichen (tatbestandlichen) Voraussetzungen eines von der Rechtsordnung anerkannten Rechtfertigungsgrundes für gegeben erachtet. Das Unrechtsbewusstsein kann aber auch wegen eines Irrtums über Art und Umfang eines Rechtfertigungsgrundes fehlen. Beide Erscheinungsformen des konkreten Verbotsirrtums werden im folgenden gleich behandelt (1).

Beim Parteiverrat sind theoretisch nur zwei Rechtfertigungsgründe denkbar, nämlich die Einwilligung und die Pflichtenkollision.

Im Rahmen der Untersuchung des Problems, ob der Interessengegensatz objektiv oder subjektiv aufzufassen ist, wurde festgestellt, dass die Einwilligung des Erstmandanten in die Vertretung der Gegenpartei keine rechtfertigende Wirkung hat. Dem Auftraggeber fehlt die Verfügungsbefugnis über das verletzte Rechtsgut, weil er nicht dessen Inhaber ist (2). Das Einverständnis des Klienten vermag daher die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmässigen Handlung nicht zu beseitigen. Ist der Anwalt dennoch der irrigen Meinung, die Wahrnehmung der entgegengesetzten Interessen sei wegen des tatsächlich erklärten Einverständnisses des früheren Auftraggebers gerechfertigt, so befindet er sich in einem Irrtum über die rechtliche Tragweite der Einwilligung, also in einem Verbotsirrtum (3).

Der Anwalt handelt auch dann im Verbotsirrtum, wenn sich der frühere Auftraggeber mit dem Überwechseln zur Gegenpartei nicht einverstanden erklärt hat, der Täter jedoch irrtümlich dessen Einverständnis annimmt und deshalb die gegensätzliche Interessenvertretung für erlaubt hält. Die Fehlvorstellung erstreckt sich sowohl auf das Vorliegen des Rechtfertigungssachverhalts als auch auf die rechtlichen Grenzen der Einwilligung.

Die "eingeschränkte" Schuldtheorie des Bundesgerichtshofs (4) und der ihm folgenden Lehre (5), die beim Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund zwischen Sachverhalts- und Bewertungsirrtum unterscheidet, gelangt hier zum selben Ergebnis. Ein dem Tatbestandsirrtum nach § 59 StGB gleichstehender Sachverhaltsirrtum liegt danach vor, wenn der Täter einen in Wirklichkeit nicht vorhandenen Sachverhalt annimmt, der im Falle seines Vorliegens die Tat rechtfertigen würde. § 59 StGB wird entsprechend angewendet mit der Folge, dass der Täter nur wegen eines korrespondierenden Fahrlässigkeitsdelikts bestraft werden kann, sofern der Irrtum unentschuldbar ist. Dagegen gilt der Bewertungsirrtum, bei dem der Täter den

---

1) Eingehende Begründung bei Maurach, AT, S. 370 ff.
2) Vgl. oben S. 46f.
3) BGH in st. Rspr. , Nachweise oben S. 87 Anm. 2; Geppert S. 142 = MDR 1960, 626; Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. VI c 2
4) BGHSt 3, 12 f.; 3, 106ff.; vgl. auch BGHSt 2, 211
5) Nachweise bei Maurach, AT, S. 369

Sachverhalt richtig erfasst, aber hieraus falsche Schlussfolgerungen über seine rechtliche Befugnis zum Handeln zieht, als Verbotsirrtum. Vom Standpunkt dieser "eingeschränkten" Schuldtheorie ist der Irrtum des Anwalts über das Vorliegen des Einverständnisses ebenfalls als Verbotsirrtum zu beurteilen. Ein Sachverhaltsirrtum ist nur dann gegeben, wenn die irrtümlich angenommene Situation rechtfertigende Wirkung hätte, sofern sie objektiv vorläge. Für die Einwilligung in eine Prävarikationshandlung trifft dies aber nicht zu. Es fehlt daher eine der beiden Voraussetzungen, unter denen der Sachverhaltsirrtum die Rechtsfolgen des § 59 StGB auslöst.

Zur Frage der Pflichtenkollision und eines darauf bezogenen Irrtums ist folgendes zu bemerken:

Bei der Pflichtenkollision handelt es sich um eine notstandsähnliche Lage des Täters, der als Träger zweier Pflichten durch die Erfüllung der einen Rechtspflicht zwangsläufig die andere verletzt und dadurch eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht (1). Der Täter steht vor der Notwendigkeit, mehrere Pflichten zu erfüllen, hat aber objektiv nur die Möglichkeit, einer Pflicht nachzukommen; die Erfüllung der einen begründet die Verletzung der anderen durch tatbestandsmässiges Unterlassen (2). Zu unterscheiden sind die rechtfertigende und die schuldausschliessende (3) Pflichtenkollision. Erstere schliesst die Rechtswidrigkeit der Tat aus, sofern der Täter die überwiegende (wichtigere) Pflicht auf Kosten der minder wichtigen erfüllt (4). Kollidieren zwei gleichwertige Pflichten miteinander, so ist bei Erfüllung der einen Pflicht die Verletzung der anderen entschuldigt (5). Beide Modalitäten können hier zusammen behandelt werden, weil beim Parteiverrat weder eine rechtfertigende noch eine schuldausschliessende Pflichtenkollision in Betracht kommt. Es gibt keine mit dem Verbot des § 45 Nr. 2 BRAO konkurrierende oder diesem Verbot vorgehende Berufspflicht des Anwalts, die ihm gebieten würde, die Gegenpartei auch im Falle widerstreitender Interessen in derselben Rechtssache zu vertreten oder zu beraten. Erlangt der Anwalt von dem bestehenden Interessengegensatz erst nachträglich Kenntnis, so hat er die Vertretung des zweiten Auftraggebers unverzüglich niederzulegen. Er kann sich nicht darauf berufen, dass er durch die standesrechtliche Pflicht, seinen Beruf gewissenhaft auszuüben (§ 43 S. 1 BRAO), gehalten sei, den Interessengegner des Erstmandanten weiter zu vertreten (6). In einem solchen Falle geht die Rechtspflicht, dem Ver-

---

1) Maurach, AT, S. 262
2) Maurach, AT, S. 308
3) Nach Maurach a. a. O.: "verantwortungsausschliessende"
4) siehe Anm. 2)
5) Nach Maurach, AT, S. 309 mangels Tatverantwortung straffrei
6) BGHSt 4, 87

bot des § 45 Nr.2 BRAO nicht zuwiderzuhandeln, der Treupflicht gegenüber dem zweiten Auftraggeber vor. Wählt der Anwalt die Erfüllung der minder wichtigen Treupflicht, so entfällt eine Rechtfertigung stets. Ein Ausschluss der Schuld tritt nur in den gesetzlich anerkannten Entschuldigungsfällen (§§ 52,54 StGB) ein (1), die beim Parteiverrat jedoch keine Aktualität besitzen. Mangels Gleichwertigkeit der Treupflicht sind daher auch nicht die Voraussetzungen der übergesetzlichen schuldausschliessenden Pflichtenkollision gegeben.

Nimmt der Anwalt irrtümlich an, eine seiner Berufspflichten (2) gehe dem Prävarikationsverbot vor und gestatte die berufliche Wahrnehmung gegensätzlicher Belange in derselben Rechtssache, so glaubt er an das Vorhandensein eines von der Rechtsordnung nicht anerkannten Rechtfertigungsgrundes. Diese fehlerhafte Vorstellung hat ebenfalls das Fehlen des Unrechtsbewusstseins zur Folge und ist demgemäss nach den Regeln des Verbotsirrtums zu behandeln.

d) Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtums

Mangelndes Unrechtsbewusstsein steht der aktuellen Kenntnis des Unrechts gleich, wenn der Täter "bei gehöriger, ihm zumutbarer Anspannung des Gewissens" die Einsicht in das Unerlaubte seines Tuns hätte gewinnen können (3). In diesem Fall ist der Verbotsirrtum vermeidbar. Unter "Gewissensanspannung" ist die Verpflichtung des Täters zu verstehen, "alle geistigen Erkenntniskräfte und sittlichen Wertvorstellungen einzusetzen, um sich über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens ein Urteil zu bilden" (4). Aus dem Wesen der Schuld als eines individuellen Vorwurfes gegenüber dem Täter folgt, dass der Umfang der Wissens- und Gewissensanspannung" nur unter Berücksichtigung der gerade dem Handelnden eigenen Gaben, Fähigkeiten und Einsichten" bestimmt werden kann (5). Wie schon der Plenarbeschluss vom 18.3.1952 ausführt, ist das Mass der zumutbaren Sorgfaltspflicht je nach Bildung sowie Lebens- und Berufskreis des einzelnen verschieden (6). Durch Urteil des 3. Senats vom 23.4.1953 (7) ist schliesslich anerkannt, dass die An forderungen an den Täter zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit grösser sind als hinsichtlich der Sorgfaltspflicht bei den Fahrlässigkeitsdelikten (8). Die Frage, inwieweit

---

1) Maurach, AT, S.309
2) Ausser § 43 S.1 vgl. noch §§ 48,49 BRAO
3) BGHSt 2,201,209
4) BGHSt 4,5
5) BGHSt 3,366
6) BGHSt 2,201
7) BGHSt 4,237,243
8) Zust. Maurach, AT, S.385; Kohlrausch-Lange § 59 Anm.II/2h; Dalcke, § 59 Anm.1e (S.82)

dem Täter die Anspannung des Gewissens und der geistigen Fähigkeiten zumutbar ist, betrifft Inhalt und Umfang einer Rechtspflicht und ist durch das Revisionsgericht nachprüfbar.(1).

Beim Anwalt sind die Voraussetzungen für die Unvermeidbarkeit eines Verbotsirrtums bezüglich § 356 StGB besonders streng, weil von ihm angenommen werden muss, dass er die Tragweite des Prävarikationsverbots auf Grund seiner Vorbildung und Berufserfahrung in der Regel zu erkennen vermag (2). Im allgemeinen wird daher ein Verbotsirrtum des Anwalts vermeidbar sein. Für den zweifelnden Täter besteht eine Prüfungs- und Erkundigungspflicht, denn er muss Zweifel an der Rechtmässigkeit seiner Handlung durch Nachdenken oder Erkundigung beseitigen (3). Hat der Anwalt wegen der Erlaubtheit seines Verhaltens Bedenken, so muss er sich mit dem Standesrecht, insbesondere der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 356 StGB eingehend vertraut machen. Werden seine Bedenken durch eine sorgfältige rechtliche Prüfung des Streitstoffes nicht beseitigt, so hat er den Rat eines älteren, erfahrenen Kollegen oder der Anwaltskammer einzuholen (4). Der Verbotsirrtum ist nicht entschuldbar, wenn der Anwalt nicht gewissenhaft geprüft, vor allem keine zuverlässigen Erkenntnisquellen benutzt hat, um sich über die Rechtsmässigkeit seines Handelns Klarheit zu verschaffen; denn bei Anwendung der ihm zumutbaren Sorgfalt hätte er die Unrichtigkeit oder doch Bedenklichkeit seiner Rechtsauffassung erkennen können. Der Verbotsirrtum ist auch dann vorwerfbar, wenn sich der Anwalt darauf beschränkt hat, den Rat eines "erfahrenen Kollegen" einzuholen, ohne den Sachverhalt selbst genau zu prüfen. Die Erkundigung bei einem Dritten, der im gleichen Irrtum befangen ist, befreit den Anwalt nicht von der gewissenhaften, eigenverantwortlichen Prüfung des tatbestandsmässigen Geschehens unter dem Blickwinkel des Prävarikationsverbots (5). Als unüberwindlich ist der Verbotsirrtum dagegen anzusehen, wenn dem Anwalt eine Vernachlässigung der Prüfungs- und Erkundigungspflicht nicht zur Last gelegt werden kann und die eventuell erbetene Auskunft eines sachkundigen Dritten (6) mit der eigenen Rechtsauffassung übereinstimmt, die Übernahme des Zweitmandats sei nicht standeswidrig.

---

1) BGHSt 2, 209; 15, 340
2) BGHSt 9, 347 a.E.; NJW 1953, 429; OLG Düsseldorf NJW 1959, 1051; zust. Dalcke a.a.O., Kalsbach, Standesrecht, S.401; ders. BRAO, § 45 Anm.2 Ziff.Id, VI d2; ders. in Cüppers-Gedenkschrift, S.257; äusserst bedenklich BGH NJW 1962, 1832
3) BGHSt 2, 201; OLG Düsseldorf a.a.O.
4) BGHSt NJW 1953, 430 1.Sp.; Kalsbach, Standesrecht, S.401; ders. BRAO, a.a.O.
5) Kalsbach, Standesrecht, S.402; ders. BRAO, a.a.O.
6) Das kann auch ein Richter oder Staatsanwalt sein.

Schwierigkeiten bereitet die Ermittlung der zumutbaren Gewissensanspannung in den Fällen, in denen der Anwalt von Anfang an von der Rechtmässigkeit seines Tuns fest überzeugt war, ein Zweifel also überhaupt nicht auftauchte. Zu diesem Problem bemerkt Bindokat (1), dass jemand, der eine bestimmte Handlung für erlaubt halte, keines Besseren belehrt werde, wenn er sein Gewissen strapaziere. Insoweit könne nur das Wissen, nicht aber das Gewissen helfen. Dieser Einwand beruht jedoch auf einem Missverständnis der Formel von der "Gewissensanspannung" (2). Die Mangelhaftigkeit der Gewissensanspannung ist nur ein, wenn auch der wichtigste Grund schuldhafter Verbotsunkenntnis. Ein weiterer Grund ist die unzulängliche Anspannung der geistigen Fähigkeiten (3).

Unter Berücksichtigung dieses theoretischen Ausgangspunktes ist zu untersuchen, ob sich der Anwalt auf sein eigenes Urteil verlassen darf oder ob er an der Richtigkeit seiner Meinung zweifeln muss. Würde man die Überwindlichkeit des Verbotsirrtums ganz allgemein damit begründen, dass der Täter auf sein eigenes Urteil nicht vertrauen dürfe, so würde dies nichts anderes bedeuten, als dass der Zweifel die erste Bürgerpflicht sein soll. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht würden dadurch offensichtlich überspannt, und zwar in einer Weise, dass die Möglichkeit eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ausgeschlossen wäre. Aus der Prüfungspflicht ergibt sich vielmehr folgendes: Hatte der Anwalt keine Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit seines Verhaltens, so ist der Verbotsirrtum verschuldet, wenn das Nichtauftauchen von Zweifeln lediglich darauf zurückzuführen ist, dass seine Überlegungen an der Oberfläche blieben (4). Der Verbotsirrtum ist dagegen unvermeidbar, wenn ein erfahrener Anwalt mit langjähriger Berufserfahrung nach genauer Prüfung zu der Überzeugung gelangt, mit der Übernahme des Zweitmandats kein Unrecht zu tun (5). Für Anwälte mit geringer Berufserfahrung kann aber letztlich nichts anderes gelten (6). Sie besitzen die gleiche juristische Vorbildung wie ihre älteren Kollegen und können sich deshalb ebenso ein eigenes Urteil über die Rechtmässigkeit ihres Handelns zutrauen wie jene. Auch vom Wesen der Prüfungspflicht her gesehen ist die Auffassung unhaltbar, dass sich ein bestimmter Täterkreis (hier: junge Anwälte) mit der eigenen Überzeugung nicht zufrieden geben dürfe. Es kommt auf die gehörige eigene Gewissensanspannung und nicht darauf an, ob die eigene Meinung noch durch einen Dritten bestätigt wird (7). Wer

---

1) JZ 1953, 750
2) Klärend BGHSt 4, 5; Welzel JZ 1953, 266
3) Siehe Anm. 2
4) BGHSt 5, 289; zust. Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. Id, VI d 2
5) BGHSt 15, 341
6) a. A. wohl BGH a. a. O.
7) Kalsbach, Standesrecht, S. 402

den Sachverhalt sorgfältig geprüft hat und dabei zu der festen Überzeugung gelangt ist, er handle rechtmässig, gegen den kann nicht der Vorwurf der Unentschuldbarkeit des Verbotsirrtums erhoben werden.

Als absolut vermeidbar hat der Irrtum über die Rechtfertigung der Tat wegen Einwilligung des Erstmandanten zu gelten. Die Unbeachtlichkeit der Einwilligung im Rahmen des § 356 StGB ist so sehr allgemeine Rechtsüberzeugung und wurde schon in so vielen höchstrichterlichen Entscheidungen ausgesprochen, dass sich ein Anwalt auf seine gegenteilige Ansicht nicht mit Erfolg berufen kann. Da auf die Unerheblichkeit der Einwilligung in jedemStGB-Kommentar hingewiesen wird (1), kann der Anwalt bei auch nur geringer Prüfung die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens erkennen (2).

---

1) Vgl. z.B. Schönke-Schröder Anm. III/3b; Schwarz-Dreher Anm. 2 B c; Dreher-Maassen Anm. 4

2) Ebenso Kalsbach, BRAO, § 45 Anm. 2 Ziff. VI c 2

A N H A N G

DER PARTEIVERRAT
NACH DEM STRAFGESETZBUCHENTWURF 1960

I. Fassung des Straftatbestandes

Der Straftatbestand des Parteiverrats wird sachlich geändert und unter dem Titel "Gefährdung der Rechtspflege" behandelt. Die § 356 StGB entsprechende Vorschrift des § 458 E 1960 lautet:
"Wer als Rechtsanwalt oder Patentanwalt in derselben ihm anvertrauten Rechtssache mehreren Auftraggebern, deren Interessen einander sachlich widerstreiten, Rat oder Beistand gewährt und dabei absichtlich oder wissentlich zugunsten eines Auftraggebers gegen den Auftrag oder zum Nachteil eines anderen Auftraggebers handelt, wird mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bestraft".

II. Stellungnahme

Im Gegensatz zu Dahs (1), der sich im wesentlichen auf eine Wiedergabe der amtlichen Begründung des § 458 E 1960 beschränkt, soll hier in erster Linie versucht werden, einen Beitrag zur Kritik des Entwurfs 1960 zu leisten. Die Untersuchung erfolgt, entsprechend dem Gegenstand der Arbeit, unter Berücksichtigung der Irrtumsbestimmungen des Entwurfs.

Entgegen den Wünschen der Anwaltschaft (2) schliesst sich der Entwurf der in Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Auffassung an, dass nicht die Treuepflicht des Anwalts gegenüber seinem Auftraggeber, sondern die Integrität der Rechtspflege und ihrer Organe das geschützte Rechtsgut des Parteiverrats ist (3). Die Bestimmung ist daher systematisch richtig unter die Straftaten gegen die Rechtspflege und nicht etwa bei der Untreue eingeordnet. Der Täterkreis wird aus kriminalpolitischen Gründen (4) auf Rechtsanwälte und Patentanwälte beschränkt. Damit wird der unausgetragene Streit um die Auslegung des Begriffs Rechtsbeistand im Sinne des § 356 StGB (5) gegenstandslos.

---

1) Einführung zu Geppert, Der strafrechtliche Parteiverrat, S. 13-20
2) Vgl. Dahs, Niederschriften, Bd. 8 BT, S. 111
3) Begründung zum E 1960, S. 604
4) Vgl. hierzu Begründung zum E 1960, S. 604; Dahs, Einführung zu Geppert, a.a.O., S. 17
5) Vgl. oben S. 2 Anm. 2

Eine Verbesserung gegenüber dem geltenden Recht liegt ferner in der teilweise genaueren Umschreibung der Tathandlung. In Übereinstimmung mit § 356 StGB setzt § 458 E 1960 Identität der dem Anwalt anvertrauten Rechtssache voraus. Abweichend von § 356 StGB spricht der Entwurf nicht mehr von "Parteien", sondern von "Auftraggebern". Damit wird die höchstrichterliche Rechtsprechung sanktioniert, dass der Parteibegriff im Sinne der Prävarikation materiell und nicht formell zu verstehen ist; Parteiverrat kann auch ausserhalb eines Prozesses begangen werden. Wesentliche Voraussetzung ist jedoch die Erteilung eines anwaltlichen Mandates (1). Der Interessenkonflikt zwischen den Auftraggebern kommt in den Worten "sachlich widerstreitende Interessen" zum Ausdruck. In der amtlichen Begründung des Entwurfs (2) wird hierzu die Auffassung vertreten, die bloss förmliche Beteiligung an einem Verfahren reiche nicht aus, um einen sachlichen Widerstreit der rechtlichen Belange zu begründen (3). Zu dieser Einschränkung zwingt aber weder der Wortlaut des § 458 E 1960, noch ist die restriktive Auslegung sachlich richtig. Bei objektiver Bestimmung des Interessengegensatzes wird der Widerstreit der rechtlichen Belange bereits durch die entgegengesetzte Parteistellung im Prozess begründet. Wegen der eindeutigen Stellungnahme in den Entscheidungen vom 16.7.1953 (4) und vom 24.3.1955 (5) bleibt abzuwarten, ob sich der Bundesgerichtshof der gegenteiligen Ansicht der Entwurfsbegründung anschliessen wird.

Im übrigen begegnet die sachlich-gegenständliche Beschreibung der Tathandlung erheblichen Bedenken. Nach § 356 StGB genügt es, dass der Täter in derselben Rechtssache beiden Parteien pflichtwidrig, d.h. im entgegengesetzten Interesse dient. In Anlehnung an frühere Entwürfe (6) wird nach § 458 E 1960 mit Kriminalstrafe nur bedroht, wer beim Gewähren von Rat oder Beistand an mehrere Auftraggeber mit sachlich widerstreitenden Interessen entweder gegen den Auftrag oder zum Nachteil eines Auftraggebers handelt. Der Tatbestand erfasst also nicht mehr die Fälle, in denen der Anwalt im Einverständnis und nur im Interesse beider Auftraggeber tätig wird (7). Ein derartiges Dienen ist zwar durch § 45 Nr.2 BRAO verboten, soll aber künftig nur mehr standesrechtlich geahndet werden. Dieser Regelung kann nicht zugestimmt werden.

Zunächst wird durch sie das Wesen des Parteiverrats als eines Delikts gegen

---

1) Begründung zum E 1960, S.605; Dahs a.a.O., S.19
2) S. 605
3) Zust. Dahs a.a.O.
4) BGH AnwBl. 1954, 199 f
5) BGHSt 7, 261, 264 a.E.
6) § 175 E 1909; § 237 E 1913; § 229 E 1919; § 180 E 1922; § 181 E 1925
7) Begründung zum E 1960, S.605; Dahs a.a.O., S.18

die Rechtspflege in Frage gestellt. Nach dem Entwurf hat das Einverständnis des früheren Auftraggebers tatbestandsbeseitigende Wirkung. Dies ist nur möglich, wenn der Unrechtsgehalt des Parteiverrats durch den Treubruch des Anwalts gegenüber seinem Mandanten entscheidend mitbestimmt wird. Geschütztes Rechtsgut ist dann sowohl die Rechtspflege als auch die Treupflicht des Anwalts gegenüber dem Klienten.

Bleibt es bei der jetzigen Fassung des § 458 E 1960, so lässt sich schon heute voraussehen, dass das Merkmal des Handelns "gegen den Auftrag" der Praxis grössere Schwierigkeiten bereiten wird als der gesamte § 356 StGB. Den Tatsacheninstanzen obliegt die Aufgabe, den Inhalt des Mandats genau festzustellen, um die Frage beantworten zu können, ob die Berufstätigkeit des Anwalts dem früher erteilten Auftrag zuwiderläuft. Der Entwurf lässt dabei offen, ob Inhalt und Umfang des Auftrages danach zu bestimmen sind, wie der Auftrag objektiv zu verstehen ist oder wie ihn der Klient subjektiv auffasst und ausgeführt haben will. Im letzterenFall erhebt sich die weitere Frage, ob die Auffassung des Klienten auch dann zu berücksichtigen ist, wenn sie im Gegensatz zur objektiven Auslegung dazu führt, ein auftragswidriges Verhalten des Anwalts straflos zu lassen.

Ähnliche Probleme wirft das Einverständnis des Erstmandanten auf. Im Mittelpunkt des Interesses steht dabei die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung wirksam ist. Wann hat der Klient eine ausreichende Vorstellung vom Wesen und der rechtlichen Tragweite seines Einverständnisses? Muss ihn der Anwalt vorher über die Sach- und Rechtslage eingehend unterrichten? Welche Bedeutung hat eine durch Täuschung erschlichene oder sonst auf einem Willensmangel beruhende Einwilligung insbesondere für den Vorsatz des Anwalts? Von einer generell "schärferen Konturierung des gesetzlichen Tatbestandes" (1) kann angesichts dieser Zweifelsfragen nicht die Rede sein. Die Unklarheiten hinsichtlich der Auftragswidrigkeit des Handelns berechtigen vielmehr zu der Feststellung, dass der Entwurf -insgesamt gesehen- keine Verbesserung der sachlich-gegenständlichen Beschreibung der Tathandlung darstellt. An die Stelle der klaren Rechtsgrundsätze, die das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof zu § 356 StGB herausgearbeitet haben, soll ein Tatbestand treten, dessen Tragweite nur schwer zu erkennen ist. Dem Interesse der Anwaltschaft an der Berechenbarkeit des für sie geltenden Rechts wird damit sicherlich nicht gedient.

Entsprechend früheren Entwürfen verlangt § 458 E 1960 für den subjektiven Tatbestand, dass der Täter absichtlich oder wissentlich (2) zugunsten eines Auftraggebers gegen den Auftrag oder zum Nachteil eines anderen Auftraggebers handelt. Während der Anwalt diese Tatbestandsmerkmale mit direktem Vorsatz verwirklichen

---

1) So Dahs, a.a.O., S.17

2) Legaldefinition in § 17 E 1960

muss, genügt für die übrigen Tatumstände bedingter Vorsatz (1). Die mit dieser Differenzierung bezweckte Einengung des Strafbarkeitsbereiches wird damit zu begründen versucht, dass die Tat nur dann strafwürdig sei, wenn der Täter in Gestalt des direkten Vorsatzes eine "besondere Einstellung" zu der auftragswidrigen Handlung habe (2). Dieser Argumentation kann aus kriminalpolitischen Gründen nicht beigetreten werden. Welcher Anwalt wird schon einen Auftrag ausführen, wenn er mit Sicherheit weiss, dass er dadurch gegen denAuftrag oder zum Nachteil eines anderen Auftraggebers tätig wird ? Durch die Fassung des subjektiven Tatbestandes verliert die Strafvorschrift jede praktische Bedeutung. Ausserdem: Verlangt man für den Vorsatz die sichere Kenntnis des Anwalts von der Auftragswidrigkeit seiner Handlung, so wird hiermit gerade der Täter prämiiert, der in der Erwartung zum Gegner überwechselt, seine Tätigkeit werde dem ersten Auftrag schon nicht zuwiderlaufen. Der leichtfertig, jedoch mit bedingtem Vorsatz handelnde Täter ist aber genauso strafwürdig wie derjenige, der von der Tatbestandserfüllung sichere Kenntnis hat.

Regelung des Irrtums:

Tatbestandsirrtum ist die Unkenntnis eines zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstandes (3). Im Gegensatz zum geltenden Recht ist der Irrtum über die Einwilligung des Mandanten Tatbestandsirrtum, und zwar gleichgültig, ob der Anwalt über die Rechtserheblichkeit des Einverständnisses irrt oder zu Unrecht eine bestimmte Erklärung des Klienten als Einwilligung auffasst. Diese kriminalpolitisch äusserst bedenkliche Folge ergibt sich aus dem Umstand, dass die Einwilligung des Mandanten der anwaltlichen Tätigkeit das Merkmal der Auftragswidrigkeit nimmt. Voraussetzung ist allerdings, dass die Handlung nicht zum Nachteil des früheren Auftraggebers erfolgt.

Der Verbotsirrtum ist nach § 21 E 1960 (4) zu beurteilen. Er besteht in der irrigen Annahme des Täters, mit der Handlung kein Unrecht zu tun. Die einzelnen Arten des Verbotsirrtums sind nach den bisherigen Rechtsgrundsätzen zu behandeln.

---

1) Dahs, a.a.O., S.19; vgl. auch § 16 E 1960
2) Begründung zum E 1960, S.605
3) § 19 Abs.1 E 1960
4) Dazu kritisch Armin Kaufmann, Festschrift für Eberhard Schmidt, S.319 ff., insbes. S.325 ff.

LEBENSLAUF

Am 15. April 1934 wurde ich, Alfred Maximilian Hartl, als Sohn des jetzigen Bankdirektors Hans Hartl und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Steinberger, in Velden/Vils geboren.

Nach dem Besuch der dortigen Volksschule von 1940 bis 1948 trat ich in die Oberrealschule Landshut/Bay. ein, die ich nach Ablegung der Reifeprüfung im Jahre 1954 verliess.

Vom Wintersemester 1954/55 bis einschliesslich Sommersemester 1958 studierte ich an der Universität München acht Semester Rechtswissenschaft. Die 1. Juristische Staatsprüfung habe ich am 5. Februar 1959 in München bestanden. Seit 1. April 1959 bin ich im Vorbereitungsdienst für Rechtsreferendare in München.